

Das Wohl des Kindes
als
Entscheidungskriterium im Sorgerechtsverfahren

Untersucht und dargestellt an Hand von Fällen
aus dem
Landgerichtsbezirk Offenburg
(1965 – 1970)

Inaugural – Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Albert-Ludwigs-Universität
zu Freiburg im Breisgau

vorgelegt von
Peter Uffelmann
aus Lahr
1977

1978

Das Wohl des Kindes
als
Entscheidungskriterium im Sorgerechtsverfahren

Untersucht und dargestellt an Hand von Fällen
aus dem
Landgerichtsbezirk Offenburg
(1965 – 1970)

Inaugural – Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Albert-Ludwigs-Universität
zu Freiburg im Breisgau

vorgelegt von
Peter Uffelmann
aus Lahr

1977



Dekan: Professor Dr. Alexander Hollerbach

Erstberichterstatter: Professor Dr. Helmut Engler

Zweitberichterstatter: Professor Dr. Albrecht Dieckmann

Tag der mündlichen Prüfung: 17.2.1978

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Abkürzungsverzeichnis	V
Literaturverzeichnis	VII

I. Teil

1.	Geschichtliche Betrachtung des Sorgerechtsverfahrens	1
1.1	Die Stellung des Kindes im Wandel von Gesellschaft und Familie	1
1.2	Die Gesetzesgeschichte des Sorgerechtsverfahrens	4
1.3	Steigende Zahl der Scheidungswaisen	9
2.	Richterliche Tätigkeit und der Begriff "Wohl des Kindes"	11
2.1	Tatsachenermittlung	11
2.2	Die Auslegung des Begriffs "Wohl des Kindes" in Literatur und höchstrichterlicher Rechtsprechung	13
2.3	Die richterliche Wertung	16
3.	Der Begriff "Wohl des Kindes" in der Kritik	19
4.	Aufgabenstellung und Gang der Arbeit	24
4.1	Aufgabe der Arbeit	24
4.2	Weg der Untersuchung	26

II. Teil

A	Faktoren, die in der Praxis die Entscheidung über das "Wohl des Kindes" bestimmen und beeinflussen	28
1.	Eignung der Eltern zur Erziehung	28
1.1	Allgemeine Bewertung - Vorrang vor anderen Faktoren	28
1.2	Die Mutter als bessere Erzieherin	32
1.3	Scheidungsschuldspruch und Erziehungseignung	33
1.4	Schwierigkeiten bei der Ermittlung der Erziehungseignung	38
2.	Vereinbarungen der Eltern	46
2.1	Allgemeines	46
2.2	Anzahl und Bedeutung der Vereinbarungen	47
2.3	Streitig gewordene Vereinbarungen	48
2.3.1	Leibliche, seelische und sittliche Gefährdung der Kinder	50

2.3.2	Veränderung der Umstände	51
2.3.3	Drohung und Täuschung beim Abschluß der Vereinbarung	52
2.3.4	Andere Auslegung und mangelnde Aufklärung	53
2.4	Behandlung streitiger und unstreitiger Vereinbarungs- fälle durch die Vormundschaftsgerichte	54
2.4.1	Bindungswirkung der Vereinbarungen	54
2.4.2	Abänderung und Bestätigung der Vereinbarungen	55
2.4.3	Einheitliche Bewertung der Vereinbarungsfälle	
2.5	Zusammenfassung	61
3.	Berücksichtigung des Kindeswillens	61
4.	Berufstätigkeit der Eltern oder eines Elternteils	66
5.	Ersatzbetreuung der Kinder während der elterlichen Berufstätigkeit	72
5.1	Verwandtenhilfe	72
5.2	Bekannte, Kindergarten, Pflegestellen	78
5.3	Zusammenfassung	80
6.	Stiefeltern	82
7.	Sittliches Verhalten	85
7.1	Ehebrecherisches oder nacheheliches Verhältnis eines Elternteils	86
7.2	Unsittlicher Lebenswandel	89
7.3	Alleinschuldspruch und sittliches Verhalten	91
7.4.	Zusammenfassung	93
8.	Erziehungskontinuität und Umgebungswechsel	94
9.	Trennung von Geschwistern	98
10.	Sonstige Faktoren	101
10.1	Wohnverhältnisse	101
10.2	Unterhaltungszahlungen	102
10.3	Besuch	103
10.4	Nachfolge in einen Betrieb	104
10.5	Religion	104
11.	Alleinschuld bei Scheidung und Getrenntleben	105
11.1	Der zahlenmäßige Einfluß auf das Sorgerechtsverfahren	105

III

	Seite
11.2 Handhabung der "schwerwiegenden Gründe" gem. § 1671 Abs. 3 Satz 2 durch die Vormundschaftsgerichte	107
11.2.1 Auslegung des Begriffs	107
11.2.2 Annahme "schwerwiegender Gründe" in tatsächlicher Hinsicht	111
11.2.3 Alleinschuld bei Getrenntleben	113
11.3 Hypothetische Entscheidungsbetrachtung - Zuteilung ohne Einfluß des Alleinschuld-spruchs	114
12. Fälle, in denen Vormundschaft angeordnet wurde	118
13. Einfluß des Verfahrensgangs	121
13.1 Ermittlungstätigkeit der Vormundschaftsgerichte und der Jugendämter	121
13.1.1 Vormundschaftsgerichte	121
13.1.2 Jugendämter	124
13.2 Einholung von psychologischen Gutachten - Rolle der Psychologie	126
B Zusammenfassende Auswertung	130
1. Allgemeine Auswertung	130
1.1 Gesamtscheidungszahl und Anteil der Sorge-rechtsverfahren	130
1.2 Das elterliche Verhalten gegenüber dem Sorge-rechtsverfahren	131
2. Zuteilung der Kinder	134
2.1 Zuteilung und allgemeine Regelbildung	134
2.2 Die Zuteilungspraxis im Licht von psychologi-schen und medizinischen Erkenntnissen	137
3. Bewertung der das "Wohl des Kindes" in der Praxis bestimmenden Faktoren durch die Vormundschaftsge-richte - Frage nach gesetzlichen Wertungsrichtli-nien	139
3.1 Bewertung der Faktoren	139
3.2 Frage nach gesetzlichen Wertungsrichtlinien	142

III. Teil

Reform

1. Erstes Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts (1. EheRG)	143
--	-----

1.1	Das Vorrecht des schuldlos geschiedenen Elternteils entfällt	143
1.2	Die Einrichtung des Familiengerichts	144
2.	Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge	145
2.1	Erweiterte Befugnis des Vormundschaftsgerichts zur Überprüfung des elterlichen Vorschlags	146
2.2	Stärkere Berücksichtigung des Kindeswillens	147
2.3	Abschließende Betrachtung	149

Abkürzungsverzeichnis

aa	anderer Ansicht
aaO	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a.F.	alte Fassung
AG	Amtsgericht
AGJ	Arbeitsgemeinschaft für Jugendhilfe
ALR	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
Bd.	Band
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch v. 18.8.1896 (RGBl. S. 195) - §§ ohne Gesetzeshinweis sind solche des BGB
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	BGH-Entscheidungen in Zivilsachen
BRD	Bundesrepublik Deutschland
BR-Drucks.	Bundesratsdrucksache
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
ders.	derselbe
d.h.	das heißt
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
E	Entscheidung
eG	elterliche Gewalt
EheG 38	Ehegesetz v. 6.7.1938, RGBl.I.807
EheG 46	Ehegesetz v. 10.2.1946, KRABl. 1946, 77
Ett	Ettenheim
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
FGG	Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit v. 17.5.1889 i.d.F. v. 20.5.1898 (RGBl. S. 171)
Fn.	Fußnote
Gb	Gengenbach
GG	Grundgesetz
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz i.d.F. v. 12.9.1950 (BGBI. S. 513)
h.M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
hrsg.	herausgegeben
i.S.	im Sinne
JR	Juristische Rundschau
JWG	Jugendwohlfahrtsgesetz i.d.F. v. 6.8.1970 (BGBI. S. 1197)
JZ	Juristenzeitung

VI

K	Kehl
KG	Kammergericht
KRABL.	Amtsblatt des Kontrollrats
L	Lahr
LG	Landgericht
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
ND	Nachrichtendienst des Vereins für Öffentliche und private Fürsorge
NN	nemo nominatus
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Ob	Oberkirch
OG	Offenburg
OLG	Oberlandesgericht
OLGZ	OLG-Entscheidungen in Zivilsachen (hrsg. v. Deisenhofer und Jansen)
RdJ	Recht der Jugend und des Bildungswesens
RPfG	Rechtspflegergesetz i.d.F. v. 5.11.1969 (BGBl. I S. 2065)
RGBl.	Reichsgesetzblatt
S.	Seite
s.	siehe
Schw.Zschr.	Schweizer Zeitschrift für Gemeinnützigkeit
f.Gem.	Süddeutsche Juristenzeitung
SJZ	Statistisches Jahrbuch, hrsg. v. Statistischen Bundesamt, Wiesbaden
Stat.Jahrb.	Standesamt, Zeitschrift für Standesamtswesen
STAZ	Strafgesetzbuch
StGB	
u.a.	unter anderem
usw.	und so weiter
V	Vereinbarung
vgl.	vergleiche
Wo	Wolfach
z.B.	zum Beispiel
ZblJugR	Zentralblatt für Jugendrecht und Jugendwohlfahrt
Zeitschr.	
f.Kifo.	Zeitschrift für Kinderforschung
ZPO	Zivilprozeßordnung i.d.F. v. 12.9.1950 (BGBl. S. 533)

Literaturverzeichnis

- Asal, Die Kinderzuteilung des Jugendamtes von Basel-Stadt,
Schw.Zschr.f.Gem. 1966, 77
- Ballarin, Das Schicksal der Kinder im Falle einer Auflösung der
Ehe oder Scheidung vom juristischen und sozialen Stand-
punkt aus betrachtet, Bericht für den II. Internationa-
len Kinder-Fürsorge-Kongreß in Rom, Neukölln 1937
- Baur, Sozialer Ausgleich durch Richterspruch, JZ 1957, 193
- Becker, Weichendes Elternrecht - wachsendes Kindesrecht, RdJ 1970,
364
- Beitzke, Lehrbuch des Familienrechts, 15. Aufl., München 1970
(Zitierweise: Familienrecht)
- Reform des elterlichen Sorgerechts, ZblJugR 1973, 121
- Bergler, Kinder aus gestörten und unvollständigen Familien,
Quellenhefte für die soziale Ausbildung, Weinheim 1955
- Biedermann, Der Ehescheidungsprozeß, Schw.Zschr.f.Gem. 1937, 31
- Blomeyer J., Der Entwurf eines zweiten Gesetzes zur Reform des
Ehe- und Familienrechts - insbesondere: Die geplan-
te Änderung des Verfahrensrechts, FamRZ 1972, 432
- Blüthgen, Die zerbrochene Ehe und ihre Folgen aus der Sicht des
Vormundschaftsrichters, Informationsschreiben Deutsche
Arbeitsgemeinschaft, Informationsschreiben Nr. 78/79, 1966
- Bosch, Neues Familienrecht 1976/1977, FamRZ 1976, 401
- Volljährigkeit-Ehemündigkeit-Elterliche Sorge, FamRZ 1973, 489
- Bosshard, Psychische Störungen bei Kindern im Gefolge von richter-
lichen und vormundschaftsrichterlichen Maßnahmen bei
Scheidung der Eltern, Diss. Bern 1947
- Boxdorfer, Kindeswohl und elterliche Gewalt nach der Scheidung,
RdJ 1972, 260
- Briegleb, Eherechtsreform - zu Lasten der Kinder?, ZblJugR 1971, 33
- Cameron, Das Kind in seiner Welt, in Giese (Hrsg.): Mensch, Ge-
schlecht, Gesellschaft, 2. Aufl. 1961, Baden-Baden
- Coester, Eheverfehlungen als Kriterium der Sorgerechtsentscheidung
nach neuem Recht, FamRZ 1977, 217
- Deutsch, Psychologie der Frau, Bd. 2, Stuttgart 1954
- Dittmann, Sonderfragen zur Regelung der elterlichen Gewalt während
und nach der Ehescheidung unter Berücksichtigung des
neuen Scheidungsrechts, ZblJugR 1977, 187

- Dölle, Lehrbuch des Familienrechts, Bd. 2, München 1965
- Dörner, Industrialisierung und Familienrecht, Berlin 1974
- Dubischar, Grundbegriffe des Rechts, Stuttgart 1968
- Egner, Die elterliche Gewalt nach Scheidung der Eltern, Diss. Frankfurt 1950
- Eherechtskommission beim Bundesjustizminister, Vorschläge zur Reform des Ehescheidungsrechts, Bielefeld 1970
- Engisch, Einführung in das juristische Denken, 5. Aufl., Stuttgart 1971
- Engler, Zum Erfordernis der elterlichen Einwilligung in die Adoption, FamRZ 1969, 63
- Erman, Handkommentar zum BGB, 2. Bd., 4. Aufl., Münster 1967
- Esser, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, Frankfurt 1970
- Fröhner/
v. Stackelberg/Eser, Familie und Ehe, Bielefeld 1956
- Germann, Probleme und Methoden der Rechtsfindung, Bern 1965
- Gernhuber, Lehrbuch des Familienrechts, 2. Aufl., München 1971
- Elterliche Gewalt heute, FamRZ 1962, 89
- Kindeswohl und Elternwille, FamRZ 1973, 229
- Gesell, Das Kind von fünf bis zehn, 4. Aufl., Bad Nauheim 1962
- Die Jahre von zehn bis sechzehn, 3. Aufl., Bad Nauheim 1968
- Gesetzentwurf zur Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge, BT-Drucks. 7/2060 v. 2.5.1964 u. BT-Drucks. 8/111 v. 10.2.1977
- Giesen, Das Wohl des Kindes im Falle eines Elternkonfliktes zwischen Sorge- und Verkehrsberechtigtem, RdJ 1972, 166
- Gigon, Die Zuteilung der Kinder aus geschiedenen und getrennten Ehen, Diss. Basel 1938
- Godin, Ehegesetz 1946, 2. Aufl., Berlin 1950
- Habscheid, Freiwillige Gerichtsbarkeit, 5. Aufl., München 1971
- Haffter, Kinder aus geschiedenen Ehen, 2. Aufl., Bern 1960
- Hagena, Die Zuständigkeitskonzentration und der Ehescheidungsverbund beim Familiengericht, FamRZ 1975, 379
- Hahnzog, Inhaber des Elternrechts aus Art. 6 Abs. II GG, FamRZ 1970, 334

- Hassenstein, Verhaltensbiologie des Kindes, München 1973
- Heinsohn/Knieper, Theorie des Familienrechts: Geschlechtsrollenaufhebung, Kindervernachlässigung, Geburtenrückgang, Frankfurt 1974
- Hetzer, Das Kind wächst heran, 4. Aufl., Lindau 1948
- Kinder und Jugendliche in der Entwicklung, 8. Aufl., Hannover 1961
- Hillermeier, Das Erste Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts aus der Sicht der Bundesratsvorschläge, FamRZ 1976, 577
- Hoenig, Die Stiefelternfamilie, Zeitschr.f.Kifo., Bd. 35 (Originalarbeit), 1929
- Hoffmann-Stephan, Ehegesetz von 1946, Berlin 1950
- Hohermuth, Das Kind in der Ehescheidungsfamilie, Schw.Zschr.f. Gem. 1937, 38
- Horkheimer, Die Erziehungsleistung der bürgerlichen Familie, in Rosenbaum (Hrsg.): Familie und Gesellschaftsstruktur, Frankfurt 1974
- Jansen, Freiwillige Gerichtsbarkeit, 2. Aufl., Berlin 1969
- Joppich, Das Kind im Jahrhundert des Kindes, Göttingen 1956
- Keidel-Winkler, Freiwillige Gerichtsbarkeit, 10. Aufl., München 1972
- Kemper, Konsequenzen aus der Reform des Ehe- und Familienrechts für die Jugendämter, ZblJugR 1976, 421 u. 478
- Kiene, Lebensrecht und Lebensbedürfnisse des Kleinkindes, Weinheim 1956
- Kistler, Erfahrungen mit Kindern aus geschiedenen Ehen, Heilpädagogische Werkblätter 1959, 143
- Kniebes, Das Erste Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts (1. EheRG), DRiZ 1976, 325
- Knieper, Personensorge für Kinder und Scheidung der Eltern, JZ 1976, 158
- König, Materialien zur Soziologie der Familie, Bern 1946
- Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 2. Aufl., Berlin 1969
- Latey, Kindeswohl und Elternrecht, RdJ 1974, 143
- Leclercq, Die Familie im Dienste der Persönlichkeit, in Oeter (Hrsg.): Familie im Umbruch, Gütersloh 1960
- Leclercq-David, Die Familie, 2. Aufl., Freiburg 1958

- Lempp, Das Wohl des Kindes in §§ 1666 u. 1671 BGB, NJW 1963, 1659
- Noch einmal: Kindeswohl und Kindeswille, NJW 1964, 440
 - Die Rechtsstellung des Kindes aus geschiedener Ehe aus kinder- und jugendpsychiatrischer Sicht, NJW 1972, 315
 - Kindeswohl und Kindesrecht, ZblJugR 1974, 124
- Lempp/Wagner, Untersuchungen über den weiteren Verlauf von Sorgerechts- und Verkehrsregelungsverfahren nach der Begutachtung, FamRZ 1975, 70
- Lüderitz, Die Rechtsstellung ehelicher Kinder nach Trennung ihrer Eltern im künftigen Recht der Bundesrepublik Deutschland, FamRZ 1975, 605
- Lüderitz-Lenzen, Übertragung der elterlichen Gewalt an beide Elternteile nach Scheidung?, FamRZ 1971, 625
- Lüschen-König, Jugend in der Familie, Bd. 3, München 1965
- Luther, Die Rechtsstellung der Kinder aus geschiedenen Ehen im Hinblick auf die Reform des Ehescheidungsrechts, RdJ 1972, 161
- Psychologische Gutachten in Vormundschafts- und Kindschafts-sachen, in Blau/Müller-Luckmann (Hrsg.): Gerichtliche Psychologie, Berlin 1962
- Lutz, Die Ehescheidungen vom Standpunkt des Psychiaters aus, Schw. Zschr.f.Gem. 1937, 49
- Maier-Reimer, Empfiehlt es sich, Gründe und Folgen der Ehescheidung neu zu regeln?, Gutachten für den 48. Deutschen Juristentag 1970
- Mayntz, Die moderne Familie, Stuttgart 1955
- Metzger, Der Auftrag des Elternhauses, in Oeter (Hrsg.): Familie und Umbruch, Gütersloh 1960
- Michel, Das Vaterproblem heute in soziologischer Sicht, in Bitter (Hrsg.): Vorträge über das Vaterproblem, Stuttgart 1954
- Mnookin, Was stimmt nicht mit der Formel "Kindeswohl"?, FamRZ 1975, 1
- Möbs, Die elterliche Gewalt bei Scheidung und Trennung, Diss. Frankfurt 1965
- Müller-Freienfels, Der Einfluß der Schuldigerklärung auf die Regelung der elterlichen Gewalt, JZ 1959, 339
- Mugdan, Die gesammelten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. IV, Familienrecht, Berlin 1899
- Munzinger, Das Sorgerechtsverfahren nach geschiedener Ehe, SJZ 1949, 98
- Das Sorgerechtsverfahren nach geschiedener Ehe, SJZ 1950, 402

- Nastelski, Unbestimmte Rechtsbegriffe, Generalklauseln und Revision, GRUR 1968, 545
- N.N., Ehescheidungsschuld und Personensorgerecht, Nachrichtendienst 1953, 109
- Neuhaus, Kindeswohl und Elternrecht, FamRZ 1972, 279
- Niggli, Zusammenarbeit zwischen Bezirksgericht und Jugendsekretariat des Bezirks Horgen, Schw.Zschr.f.Gem. 1937, 51
- Palandt, BGB, 32. Aufl., München 1973
- Peters, Elternrecht, Erziehung, Bildung und Schule, in Bettermann-Nipperdey-Scheuner (Hrsg.): Die Grundrechte, IV Bd., 1. Halbband, Berlin 1960
- Pfeil, Die Berufstätigkeit von Müttern, Tübingen 1961
- Verwandtenhilfe bei erwerbstätigen Müttern, Haushalt und Familie 1959, 137
- Pinger, Der Entscheidungsverbund beim geplanten "Famliengericht", FamRZ 1974, 238
- Potrykus, Empfiehlt es sich, die Folgen der Ehescheidung in bezug auf die Kinder neu zu regeln?, RdJ 1970, 237
- Prietzl, Geschiedene Ehegatten und ihre gemeinsamen minderjährigen Kinder, Diss. Berlin 1952
- Quambusch, Die Persönlichkeit des Kindes als Grenze der elterlichen Gewalt, Diss. Freiburg 1973
- Für ein Personensorgerecht mit neuen Konturen, ZblJugR 1974, 138
 - Überlegungen zu einer Neuregelung der elterlichen Gewalt, RdJ 1973, 205
 - Recht der Jugend und Entwicklungspsychologie, ZblJugR 1973, 385
- Remplein, Die seelische Entwicklung des Menschen im Kindes- und Jugendalter, 7. Aufl., München 1958
- Riedel, Das Recht der Kinder aus geschiedenen Ehen, Berlin 1960
- Personensorgerecht und Verschulden bei der Ehescheidung, JR 1950, 353
- Roestel, Das Kindesrecht und die Zuständigkeit des Vormundschaftsrichters - Überlegungen angesichts der Ehescheidungsreform, RdJ 1970, 266
- Rühle, Kind und Umwelt, Berlin 1920
- Schau, Vorschläge zur Reform der Bestimmungen über die elterliche Gewalt, RdJ 1973, 257

- Schelsky, Wandlungen der deutschen Familie in der Gegenwart, 2. Aufl., Stuttgart 1954
- Schmucker, Das Kind als Kostenfaktor, in Oeter (Hrsg.): Familie und Gesellschaft, Tübingen 1966
- Schnitzerling, Die vormundschaftsrichterlichen Erziehungsaufgaben, Berlin 1959
- Schottlaender, Die Mutter als Schicksal, Stuttgart 1947
- Schulte-Langforth, Frauen und Kinder in der Ehescheidung, Nachrichtendienst 1971, 229
- Schwäglar, Soziologie der Familie, 2. Aufl., Tübingen 1975
- Schwoerer, Die Zuteilung der elterlichen Gewalt nach Scheidung der Ehe, JR 1952, 269
- Die elterliche Gewalt nach Scheidung der Ehe und bei Getrenntleben der Eltern (§§ 1671, 1672 BGB n.F.), FamRZ 1958, 433
 - Die Sorgerechtszuteilung bei Scheidung aus alleinigem oder überwiegendem Verschulden eines Elternteils, AcP 151, 122
 - Kindeswohl und Kindeswille, NJW 1964, 5
 - Zur Bedeutung des in Art. 6 GG den Eltern garantierten Grundrechts für Entscheidungen aus den §§ 1634, 1671, 1672, 1696 BGB, FamRZ 1969, 367
- Sedemund-Treiber, Die Schaffung von Familiengerichten und das Verfahren vor dem Familiengericht nach dem Ersten Ehrechtsreformgesetz, DRiZ 1976, 331
- Siebecke, Die ehbrechende Frau, in Giese (Hrsg.): Mensch, Gesellschaft, 2. Aufl., Baden-Baden 1961
- Soergel-Siebert, BGB, Bd. 5, Familienrecht, 10. Aufl., Stuttgart 1971
- Sommermeier, Die Tätigkeit des Jugendamtes bei Sorgerechtsentscheidungen, Nachrichtendienst 1953, 18
- Speck, Kinder erwerbstätiger Mütter, Stuttgart 1956
- Stampfli, Die unvollständige Familie, Zürich 1951
- Starck, Empirie in der Rechtsdogmatik, JZ 1972, 609
- Statistisches Jahrbuch für die Bundesrepublik Deutschland, Verschiedene Jahrgänge, hrsg. vom Statistischen Bundesamt Wiesbaden
- Staudinger, Bd. IV, Teil 3a, 10/11. Aufl., Berlin 1966
- Stebler, Fürsorgeprobleme unserer heutigen Scheidungswaisen, Informatio 1966, 33

- Stellungnahme der Bundesarbeitsgemeinschaft der Freien Wohlfahrtspflege e.V. zum Referentenentwurf des Bundesjustizministeriums von 1972, Jugendwohl 1973 (Heft 5), 126
- der Arbeitsgemeinschaft für Jugendhilfe zum Referentenentwurf, AGJ-Mitteilungen Nr. 67 (August 1973), 52
 - des Deutschen Caritasverbandes zur Neuregelung der elterlichen Gewalt, Sonderdruck aus Jugendwohl, 4/1970, 161
- Stern, Jugendpsychologie, 5. Aufl., Stuttgart 1951
- Beiträge zur Psychologie des Stiefkindes, Zeitschr. f. Kifo. 1928
- Strätz, Eheliche Personensorge und Kindeswohl, vornehmlich in der zerbrochenen Familie, FamRZ 1975, 541
- Täger, Die Mitwirkung des Psychologen im Ehescheidungsverfahren, bei der Verteilung der elterlichen Gewalt und der sogenannten Verkehrsrechtsregelung, in Blau und Müller-Luckmann (Hrsg.): Gerichtliche Psychologie, Berlin 1962
- Thamm, Wer bekommt das Kind aus einer geschiedenen Ehe, Interview in der Illustrierten "Stern", Nr. 27/1972
- Vogel, Das Erste Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts vom 14. Juni 1976 (1. EheRG), FamRZ 1976, 481
- Willy, Eheliche Untreue, Betrug, in Giese (Hrsg.): Mensch, Gesellschaft, 2. Aufl., Baden-Baden 1961
- Wuppermann, Ein Scheideweg im deutsch-internationalen Kindschaftsrecht, FamRZ 1972, 555
- Kindeswohl und Elternrecht bei faktischer Trennung deutsch-italienischer Ehen, RdJ 1971, 114
- Zenz, Elterliche Sorge und Kindesrechte, Das Standesamt 1973, 257
- Zur Reform der elterlichen Gewalt, AcP 1973, 527

I. Teil

=====

1. Geschichtliche Betrachtung des Sorgerechtsverfahrens

1.1 Die Stellung des Kindes im Wandel von Gesellschaft und Familie

Eine ausgewogene geschichtliche Darstellung des Sorgerechtsverfahrens muß zusammen mit der gesetzesgeschichtlichen Entwicklung abhandeln, was im Laufe dieser Entwicklung unter "Interesse des Kindes" oder "Wohl des Kindes" und dem damit gleichzeitig angesprochenen Begriff der elterlichen Gewalt verstanden wurde. Da aber die Anschauungen über "Das Wohl des Kindes" jeweils nur im Zusammenhang mit der umfangreichen Geschichte der gesellschaftlichen und inneren Verfassung der Familie verdeutlicht werden können, ist es im Rahmen dieser Einleitung lediglich möglich, in einer groben Skizze den wesentlichen Wandel dieser Anschauungen aufzuzeigen ¹⁾.

In der vorindustriellen Zeit unterstand das Kind uneingeschränkt der väterlichen Gewalt. Dabei hatte diese "patria potestas" vorwiegend den Charakter eines den Interessen des Hausvaters dienenden Herrschaftsrechts über das Hauskind. Sie war unteilbar, denn sie war weder nach Kompetenzen gegliedert noch hatte das Zusammenleben der Eltern Einfluß auf sie. Die Legitimation dieses Gewaltverhältnisses lag in der spezifisch ökonomischen Interessenkonstellation der patriarchalischen Familie ²⁾. Sie war weitgehend landwirtschaftlich fundiert oder bewirtschaftete als handwerklich oder kaufmännisch ackerbürgerliche Familie zusammen mit dem Gesinde einen Familienbetrieb und bildete eine Produktions- Konsum- und Fürsorgegemeinschaft ³⁾. Zentrale Figur dieser hierarchisch gegliederten Gemeinschaft war der Hausvater mit umfassender Dispositionsbefugnis über alle sächlichen Mittel und über die in den Arbeitsprozeß eingegliederten Personen.

- 1) Die folgenden Ausführungen stützen sich in erster Linie auf die ausführliche Untersuchung von Dörner, Industrialisierung und Familienrecht, 19 ff und 67 ff; es werden daher nur noch ergänzende Quellenhinweise gegeben.
- 2) Knieper, JZ 1976, 158 f (159); vgl. auch die Ausführungen bei Mugdan, Die gesammelten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, IV Band: Familienrecht, S. 382 f
- 3) Schwägler, Soziologie der Familie, S. 8/9; Helga Schmucker, Das Kind als Kostenfaktor, in: Familie und Gesellschaft, S. 267

Damit bestimmte er auch die Erziehung und Berufswahl des Kindes, häufig lag auch dessen Berufsausbildung selbst in seinen Händen. Die ebenfalls hierarchisch strukturierte Gesellschaft mit ihren Standesschränken und die beschränkten Berufsaussichten verringerten die Möglichkeit für das Kind, einen Aufstieg aus eigener Kraft und ohne familiäre Unterstützung zu schaffen. Zu dieser ökonomischen Abhängigkeit des Kindes tritt eine von der geringen Mobilität ermöglichte strenge soziale Kontrolle durch die ältere Generation ⁴⁾.

Das Kind war somit in den Organismus der produktiven Haus- und Familiengemeinschaft nahezu vollkommen integriert. Die Chance einer individuellen Entfaltung oder gar eines Ausbruchs aus dieser gefestigten Ordnung blieb gering. Der mit der väterlichen Gewalt korrespondierende kindliche Gehorsam entsprach damit nicht nur den Interessen des Hausvaters sondern auch denen des Kindes. Die Förderung des Kindeswohls wurde so weniger in der Entfaltung seiner Persönlichkeit gesehen als vielmehr in seiner reibungslosen Einordnung in das bestehende gesellschaftliche und familiäre Gefüge ⁵⁾.

Mit der veränderten Lebens- und Wirtschaftsweise der Bevölkerung und des Strukturwandels von Gesellschaft und Familie seit Beginn der Industrialisierung wandelte sich auch die Stellung des Kindes ⁶⁾. Durch das Aufkommen spezialisierter und rational durchorganisierter Massenfabrikation in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts wurde die Eigenverarbeitung im familiären Bereich unrentabel und zugunsten der neuen Herstellungstechniken aufgegeben. Dieser Vorgang führte zur Ausgliederung des Arbeitsplatzes aus dem familiären Produktionsbereich und damit zur Trennung von Familie und Beruf. Mit dem Bindeelement der gemeinsamen Arbeit wurde auch die Basis des bisherigen familiären Zusammenlebens zerstört ⁷⁾.

4) Vgl. auch Heinsohn/Knieper, Theorie des Familienrechts: Geschlechtsrollenaufhebung, Kindervernachlässigung, Geburtenrückgang, 1974, S. 31/32 und 64-67

5) Vgl. hierzu auch Max Horkheimer, Die Erziehungsleistung der bürgerlichen Familie, in: Familien- und Gesellschaftsstruktur, S. 198/301/302 und Knieper aaO, S. 159

6) Vgl. auch Helga Schmucker aaO, S. 267

7) Vgl. die zahlreichen Nachweise bei Dörner aaO, S. 67

Die Trennung von Haushalt und Arbeitsplatz verwandelte die Familie in eine Gruppe überwiegend privaten Charakters und schuf dadurch die Voraussetzungen für eine intime familieninterne Atmosphäre und für "verinnerlichte", d.h. von gesteigerter Gefühlsbindung getragene Beziehungen zwischen ihren Mitgliedern ⁸⁾. Damit erhielt auch das Kind eine neue Stellung in der von intensiven personalen Beziehungen gekennzeichneten Kleinfamilie. Das Verhältnis zwischen Eltern und Kind wurde emotional aufgeladen, von den familiären Restfunktionen rückte gerade die sozio-kulturelle Heranbildung des jungen Individuums in den Mittelpunkt, und eine sorgfältige Erziehung soll häufig einen gesellschaftlichen Aufstieg der nächsten Familiengeneration einleiten ⁹⁾.

Die gefühlsbetonte Familienauffassung prägte ebenso das rechtliche Verhältnis von Eltern und Kindern. Die juristische Denkform zur Erfassung der Eltern-Kind-Beziehung, das Institut der elterlichen Gewalt hatte ihren Charakter verändert und erschien im BGB nicht mehr wie z. B. im ALR als einheitliches Herrschaftsverhältnis mit personen- und vermögensrechtlichen Wirkungen, sondern wurde nunmehr verstanden als ein dem Interesse des Kindes dienendes vormundschaftliches Schutzinstitut ¹⁰⁾. Von der umfassenden Gewalt des Ehemannes waren nur noch kontrollierte Entscheidungsrechte übriggeblieben, die väterliche Gewalt hatte sich zu einem - ebenfalls eingeschränkten - Pflichtrecht gewandelt.

Damit war aber auch die "patria potestas" des beginnenden 20. Jahrhunderts noch gekennzeichnet durch eine eigentumsähnliche Position gegenüber dem Kind ¹¹⁾. Sie war allerdings dadurch gebrochen, daß ihr die Pflicht zur Rücksichtnahme auf das individuelle Wohl und damit auf die Person und die Eigeninteressen des ihr unter-

8) Vgl. auch König, Materialien zur Soziologie der Familie, S. 92/93

9) Vgl. auch Leclercq, Die Familie im Dienste der Persönlichkeit, in: Familie im Umbruch, S. 117/121; Metzger, Der Auftrag des Elternhauses, ebenda, S. 156 ff, der den Wandel der Familie in der neueren Zeit thesenartig aufzeigt.

10) Vgl. auch Mugdan aaO, S. 384/385

11) Vgl. Gernhuber, FamRZ 1962, 89 f, der darauf hinweist, daß es Jahrhunderte keine Schwierigkeiten bereitet habe, Personen als Rechtsobjekte zu denken; Quambusch, Die Persönlichkeit des Kindes als Grenze der elterlichen Gewalt, S. 14 (Fn. 81) und S. 6 ff, in denen er "Die Unterordnung des Kindes" analysiert.

worfenen Kindes auferlegt wurde ¹²⁾. Dennoch bedurfte es einer Entwicklung bis in die heutigen Tage, um die in dem Elterlichen-Gewalt-Begriff zum Ausdruck kommende Objektstellung des Kindes allmählich abzubauen, wobei die eingeleitete Reform zur Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge ¹³⁾ hier einen vorläufigen Schlußpunkt setzen soll.

Wie die anschließend darzustellende Gesetzesgeschichte zeigt, kam im Sorgerechtsverfahren die noch weitgehend elternnützliche Schutzgewalt und damit eine Einschränkung des eigentlichen Kindeswohls insbesondere dadurch zum Ausdruck, daß die Übertragung der elterlichen Gewalt von der Scheidungsschuld der Elternteile abhängig gemacht wurde. Sie war aber auch darin zu sehen, daß eine zwingende Beachtung des Kindeswillens nicht normiert war und die Eltern sich vom Vormundschaftsgericht weitgehend unbeanstandet über die elterliche Gewalt einigen konnten, ohne dabei immer das wahre Wohl des Kindes im Auge zu haben.

1.2 Die Gesetzesgeschichte des Sorgerechtsverfahrens

Nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch war das Schicksal der Kinder aus der geschiedenen Ehe bereits mit Rechtskraft des Scheidungsurteils besiegelt: § 1635 a.F. regelte grundsätzlich "automatisch" ohne Mitwirkung des Vormundschaftsgerichts und des Jugendamtes, welcher Elternteil die elterliche Gewalt erhielt. Danach wurde dem schuldlos geschiedenen Ehegatten das Personensorgerecht übertragen. Falls beide Elternteile für schuldig erklärt wurden, behielt die Mutter die tatsächliche Personensorge über die Töchter jeden Alters und die Söhne bis zu 6 Jahren, während dem Vater die Personensorge über die älteren Söhne zustand.

Das Vormundschaftsgericht konnte hiervon nur eine abweichende Regelung treffen, "wenn eine solche aus besonderen Gründen im Interesse des Kindes geboten" war.

12) Vgl. auch Heinsohn/Knieper aaO, S. 161, die ergänzend feststellen, daß der ökonomische Abbau der zentralen Vaterstellung für die Familie sich erst langsam in rechtlichen Kategorien nachvollziehe.

13) Gesetzentwurf zur Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge, BT-Drucks. 7/2060 v. 2.5.1974 = BR-Drucks. 690/73 v. 8.11.1973.

Schon aus der Gegenüberstellung von Grundsatz und Ausnahme ergab sich, daß diese abweichende Anordnung nur in seltenen Fällen zu erfolgen hatte ¹⁴⁾. Rechtsprechung und Wissenschaft waren sich dieses Ausnahmecharakters auch bewußt und ließen eine Abweichung von der Norm bei "bloßer Bezugnahme auf allgemeine Erfahrungstat-sachen" (z.B. daß ein Kind im Alter von 3 Jahren in der Regel bei der Mutter besser aufgehoben ist, als beim Vater) nicht zu ¹⁵⁾.

Aus dem Wort "geboten" wurde der Schluß gezogen, daß eine abwei-chende Anordnung nicht schon dann gerechtfertigt sei, wenn durch sie das Wohl des Kindes besser gewahrt wäre, sondern erst dann, wenn ohne sie das Wohl des Kindes gefährdet würde ¹⁶⁾.

Diese Regelung des § 1635 a.F. wurde als "zu starr und schema-tisch" bezeichnet ¹⁷⁾.

Das Ehegesetz von 1938 brachte in § 81 zwei bedeutende Änderun-gen ¹⁸⁾. Das Vormundschaftsgericht wurde jetzt verpflichtet, in jedem Fall eine Entscheidung zu treffen, und als oberste Richt-schnur für seine Entscheidung war nun das Wohl des Kindes maßge-bend. Die Zuteilung der elterlichen Gewalt im Falle der Eheschei-dung mit dem Schuldspruch in Verbindung zu bringen, blieb insoweit bestehen, als einem Ehegatten, der allein oder überwiegend für schuldig erklärt wurde, die elterliche Gewalt nur übertragen wer-den sollte, wenn dies aus besonderen Gründen dem Wohl des Kindes diene (§ 81 Abs. 3 EheG 1938). Das KG hat in der Folgezeit zu den "besonderen Gründen" eine Rechtsprechung ¹⁹⁾ entwickelt, die mit Modifikationen noch bis heute Gültigkeit hat:

- a) Eine Gefährdung beim anderen Ehegatten war nicht mehr Voraus-setzung wie nach § 1635 a.F.
- b) Jedoch mußten besondere Gründe vorliegen.

Die Tatsache allein, daß das Kind zwar bei dem schuldlos ge-schiedenen Ehegatten gut, bei dem anderen aber noch besser untergebracht sein würde, war nicht ausreichend, diesem die elterliche Gewalt zu übertragen.

14) Prietzel, Geschiedene Ehegatten und ihre gemeinsamen minderjäh-rigen Kinder, S. 40; vgl. auch Ballarin, Bericht über den II. Internationalen Kinder-Fürsorge-Kongreß 1937, S. 5

15) Schwoerer, AcP 151 (1950/51) S. 122 und die von ihm zitierte Rechtsprechung

16) Schwoerer aaO, S. 122/123; vgl. Prietzel aaO, S. 41 und seine weiteren Rechtsprechungsnachweise

17) Dölle, Familienrecht II, S. 281; vgl. auch Potrykus, RdJ 1970, S. 237 f

18) Ehegesetz vom 6.7.1938, RGBl. I. 807

19) Im folgenden wird die Rechtsprechungsanalyse von Schwoerer, AcP Bd. 151 (1950/51) S. 123/124 wiedergegeben; auf seine zahl-reichen Rechtsprechungsnachweise wird verwiesen.

- c) Ein besonderer Grund war vielmehr dann gegeben, wenn hinsichtlich des schuldlosen Elternteils begründete Bedenken an seiner Geeignetheit als Erzieher und Betreuer des Kindes bestanden, ohne daß diese schon eine unmittelbare Gefährdung zu ergeben brauchten und zugleich bei dem für schuldig erklärten Elternteil eine völlig einwandfreie Betreuung des Kindes gewährleistet war.
- d) Erwägungen allgemeiner Art wie die, daß das Kind als Mädchen naturgemäß zur Mutter gehöre und daß das Herausreißen des Kindes aus seiner jetzigen Umgebung schwere seelische Erschütterungen für das Kind zur Folge haben würde, waren auf die Übertragung des Sorgerechts ohne Einfluß.
- e) Der Schuldspruch des Scheidungsurteils war ohne Rücksicht auf seine materielle Richtigkeit für den Vormundschaftsrichter bindend.

Eine weitere Neuerung, die das Gesetz einführte, war die Möglichkeit, das Personensorgerecht aus besonderen Gründen des Kindeswohls einem Vormund zu übertragen. Schien nach der Regelung des Ehegesetzes 1938 das Kindeswohl vielfach für die Übertragung des Personensorgerechts maßgebend zu sein, so führte das Ehegesetz von 1946 ²⁰⁾, das die grundsätzlichen Neuerungen von 1938 übernahm, den Gesichtspunkt des Elternrechts in die gesetzliche Ordnung ein ²¹⁾. Es gestand den Eltern in § 74 Abs. 1 das Recht zu, sich über die Personensorge im Scheidungsfall zu einigen und einen entsprechenden Regelungsvorschlag binnen 2 Wochen nach Rechtskraft des Scheidungsurteils beim Vormundschaftsgericht vorzulegen. Wurde der Vorschlag vom Vormundschaftsgericht nicht gebilligt, hatte es die Regelung zu treffen, die dem wohlverstandenen Interesse des Kindes entsprach. Darüber aber, welche Bedeutung der Vorschlag der Eltern haben sollte und damit, nach welchem Maßstab das Vormundschaftsgericht über die Billigung des Vorschlags zu entscheiden hatte, war nichts gesagt ²²⁾. Deshalb kam es zu gegensätzlichen Auffassungen darüber, ob das Vormundschaftsgericht an den Vorschlag der Eltern gebunden war oder ob und in welchem

20) Ehegesetz vom 20.2.1946, KRABl. 1946, 77

21) Potrykus aaO, S. 238; siehe dazu auch Staudinger-Schwoerer, § 1671, Anm. 5; Dölle aaO, S. 282, Prietzel aaO, S. 43

22) Vgl. Staudinger-Schwoerer, § 1671, Anm. 5 und 83

Umfang er nur als Erkenntnismittel dienen sollte ²³⁾. Im übrigen wandelte die Rechtsprechung zum EheG 1946 im wesentlichen auf alten Pfaden; die bekannten Formulierungen des KG für das Vorliegen besonderer Gründe wurden wörtlich wiederholt ²⁴⁾. Einen neuen Ansatz brachte nur die Entscheidung des OLG Hamm, das als obersten Grundsatz für jede Regelung des Personensorgerechts das Wohl des Kindes ansah. Für den Fall, daß das Interesse des Kindes (sprich: Wohl des Kindes) es zuließ, war die elterliche Gewalt auch auf den an der Scheidung schuldigen Elternteil zu übertragen. Die Vorschrift des § 74 Abs. 4 EheG 1946, die die Abhängigkeit der Personensorgerechtsentscheidung vom Schuldspruch regelte, war danach keine Ausnahmenvorschrift zu Lasten des an der Scheidung schuldigen Elternteils mehr, sondern hatte in Form einer widerlegbaren Vermutung nur noch den Charakter einer Richtlinie im Rahmen der Gesamtvorschrift ²⁵⁾.

Die Vorschrift des § 1671, die bis auf § 1671 Abs. 3 Satz 2 (Einfluß der Alleinscheidungsschuld auf die Sorgerechtsregelung) ²⁶⁾ heute noch gilt, wurde durch das Gleichberechtigungsgesetz vom 18.6.1957 eingeführt. In Anlehnung an § 74 EheG 1946 wurden - neben anderen - folgende wesentliche Änderungen vorgenommen: Der Einfluß der Scheidungsschuld auf die Sorgerechtsregelung wurde weiter vermindert. Sie war nur noch insoweit von Bedeutung, als ein Elternteil für allein schuldig erklärt wurde (§ 1671 Abs. 3 Satz 2). Ein überwiegendes Verschulden an der Scheidung brauchte nicht mehr berücksichtigt zu werden. Daneben wurden die "besonderen Gründe" des § 74 EheG 1946, die es alleine rechtfertigen konnten, auch dem schuldigen Elternteil die Kinder zuzusprechen, durch "schwerwiegende Gründe" ersetzt. Darüber hinaus wurde dem Regelungsvorschlag der Eltern im Hinblick auf Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG verstärkte Bedeutung beigemessen. Das Vormundschaftsgericht darf von ihm nur noch abweichen, wenn dies zum Wohl des Kindes erforderlich ist. Wird ein Vorschlag nicht binnen 2 Monaten seit Rechtskraft des Scheidungsurteils beim Vormundschaftsgericht eingereicht oder wird er vom Vormundschaftsgericht nicht gebilligt, trifft es nach § 1671 Abs. 3 Satz 1 die Regelung, die "unter

23) Munzinger, SJZ 1949, 98 ff (101); Hoffmann-Stephan, § 74, Anm. 5 (S. 348); Godin § 71, Anm. 5 (S. 377); Schwoerer, JR 1952, 269; BGH NJW 1951, S. 440/441

24) Schwoerer, ACP 151, 124 und die bei ihm zitierte Rechtsprechung; die Literatur folgte im wesentlichen den Ergebnissen der Rechtsprechung; vgl. Godin, § 71, Anm. 8 (S. 341); Palandt-Lauterbach, § 1671, 7. Aufl., Anm. 4 (S. 2177)

25) OLG Hamm MDR 1948, 217, auf dessen Ansicht sich auch Schwoerer zur Stützung seiner gleichlaufenden Meinung beruft; in die gleiche Richtung: Riedel, JR 1950, 353

26) Folgeänderung aufgrund des Ersten Gesetzes zur Reform des Ehe- und Familienrechts vom 14.6.1977 (1. EheRG), BGBl. I 1976, S. 421 ff. (vgl. auch Fn. 381)

Berücksichtigung der gesamten Verhältnisse dem Wohl des Kindes am besten entspricht" ²⁷⁾. Die Rechtsprechung hat dieser Gesetzesänderung Rechnung getragen. Sie hält eine Abweichung vom elterlichen Vorschlag nur dann für erforderlich, wenn triftige, das Wohl des Kindes nachhaltig berührende Gründe vorliegen, die eine ungünstige Entwicklung des Kindes, wenn auch keine Gefährdung oder objektive Schädigung seines geistigen und körperlichen Wohls oder seines Vermögens befürchten lassen ²⁸⁾.

Weiterhin engt die Regelung des § 1671 Abs. 5 die Möglichkeit der Pflegerbestellung im Hinblick auf das durch die Verfassung garantierte Elternrecht ein. Während diese vorher nach § 74 EheG 1946 aus besonderen Gründen für das Wohl des Kindes ausgesprochen werden konnten, darf das Vormundschaftsgericht sie nur noch anordnen, "um eine Gefahr für das geistige und leibliche Wohl oder für das Vermögen des Kindes abzuwenden". Schließlich führte § 1672 im wesentlichen die entsprechende Anwendung der Vorschriften des § 1671 für den Fall ein, daß die Eltern des Kindes nicht nur vorübergehend getrennt leben.

Die Rechtsprechung zu § 1671 erfuhr gegenüber der zu § 74 EheG 1946 nur dadurch eine nennenswerte Abwandlung, daß sich im Anschluß an die frühere Spruchpraxis des KG zwei Auffassungen über die Auslegung der "schwerwiegenden Gründe" gemäß § 1671 Abs. 3 Satz 2 bildeten, die allein eine Übertragung der elterlichen Gewalt auf den allein schuldig geschiedenen Elternteil ermöglichen sollen ²⁹⁾. Während die eine der beiden schwerwiegende Gründe bereits dann als gegeben ansah, wenn die Übertragung auf den schuldigen Teil dem Wohl des Kindes erheblich besser entsprach ³⁰⁾, ist die andere der Meinung, es müsse sich um Gründe handeln, die in ihrer Gesamtheit schwer genug wiegen, um das Vorrecht des schuldlosen Teiles auszuschalten, ohne daß das Wohl des Kindes bereits gefährdet sein müsse ³¹⁾.

27) Gleichberechtigungsgesetz vom 18.6.1957 (BGBl. I S. 609); vgl. auch Potrykus aaO, S. 238

28) KG FamRZ 1958, 423; BayObLG FamRZ 1966, 249/250; vgl. auch Soergel-Lange, § 1671, Anm. 84 m.w.N.. Teilweise wird auch nur anders formuliert: "Das Wohl des Kindes müßte durch den Vorschlag ernstlich beeinträchtigt, wenn auch nicht gerade gefährdet sein" (vgl. BGHZ 1, S. 214)

29) Stellvertretend: BGHZ 3, 52; OLG Karlsruhe, FamRZ 1958, 424; weitere Nachweise bei Soergel-Lange, § 1671, Anm. 29 und Palandt-Lauterbach, § 1671, Anm. 4

30) OLG Karlsruhe aaO; dieser Meinung haben sich in der Literatur insbesondere Staudinger-Schwoerer, § 1671, Anm. 102 und Soergel-Lange, § 1671, Anm. 29 angeschlossen

31) BGHZ 3, 51; vgl. auch Erman-Ronke, § 1671, Anm. 10 Bb (S. 913); noch weitergehend Palandt-Lauterbach, § 1671, Anm. 4: "Es darf im Hinblick auf das Wohl des Kindes nicht zu verantworten sein, die elterliche Gewalt dem Schuldlosen zu überlassen".

Im Rahmen der Neuregelung des Scheidungsrechts erfuhr § 1671 ab 1.7.1977 eine wesentliche Änderung dadurch, daß § 1671 Abs. 3 Satz 2 gestrichen wurde. Damit wurde der Einfluß der Scheidungsschuld auf die Sorgerechtsregelung gänzlich beseitigt ³²⁾.

1.3 Steigende Zahl der Scheidungswaisen

Die im Zuge der Industrialisierung eintretende Verinnerlichung der ehelichen Beziehung barg auch eine Gefahr für die Stabilität der Familie in sich, weil bei Nichterfüllung der Glückserwartungen oder einer divergierenden persönlichen Entwicklung der Partner die wesentliche Grundlage für ein weiteres Zusammenleben entfiel, nachdem keine gemeinsamen sachlichen Interessen die Verbindung mehr zusammenhielten. Diese letztlich in der Unbeständigkeit menschlicher Gefühlsbindungen wurzelnde Zerbrechlichkeit der modernen Ehe fand dann auch ihren Ausdruck in dem die industrielle Entwicklung begleitenden Anstieg der Scheidungsziffern ³³⁾.

Wie allein die folgende Scheidungsstatistik der BRD der letzten Jahre zeigt, werden in der Folge dieser Entwicklung immer mehr Kinder von der Situation betroffen, daß ihre Eltern sich scheiden lassen.

Jahr	Geschiedene Ehen ³⁴⁾	ohne minderjährige Kinder	Davon mit				Scheidungs- waisen insgesamt
			1	2	3	4 und-	
			mehr noch	lebenden	mdj.	Kind.	
1956 ³⁶⁾	40731 ³⁵⁾	17130	13821	6609	2147	1024	37576
1965 ³⁷⁾	58718	23020	20395	9955	3317	2034	58392
1968 ³⁸⁾	65264	24091	22346	11828	4285	2684	69593
1970 ³⁹⁾	76520	27764	25819	14551	5124	3262	83341
1974 ⁴⁰⁾	98584	37760	31802	18853	6341	3828	103843

32) Vgl. Fn. 26 und die Ausführungen S. 105, 114ff., 144

33) Dörner aaO, S. 70/71 m.w.N.; vgl. auch Knieper aaO, S. 159, der darauf hinweist, daß die "Ent-Familialisierung" der Existenzsicherung zugunsten ganz überwiegend unselbständiger Erwerbstätigkeit die Gefahr zunehmender Kindervernachlässigung in sich birgt

34) Hierin sind gerichtliche Urteile auf Nichtigkeit und Aufhebung der Ehe nicht enthalten

35) Die Ehescheidungs-ziffern des Saarlandes (315) und Berlins (5055) und damit auch die Zahl der Scheidungswaisen waren in diesem Jahr noch nicht enthalten

36) Stat. Jahrb. 1958, S. 51

37) Stat. Jahrb. 1967, S. 59

38) Stat. Jahrb. 1970, S. 53

39) Stat. Jahrb. 1972, S. 51

40) Stat. Jahrb. 1976, S. 75

Die Tabelle weist aus, daß allein im Untersuchungszeitraum dieser Arbeit von 1965-1970 die Zahl der minderjährigen Scheidungswaisen von 58.392 auf 83.341 und damit um rd. 42 % stieg. Das ganze Ausmaß der Steigerung der letzten Jahre wird aber erst deutlich, wenn man den Zeitraum von 1956-1974 betrachtet. Der Anstieg der Kinderzahl von 37.576 auf 103.843 entspricht einer prozentualen Steigerung von 176 %.

In dem angeführten statistischen Material konnte die Zahl der Kinder nicht berücksichtigt werden, deren Eltern dauernd getrennt leben, da hierüber keine Unterlagen existieren. Sie dürfte jedoch nicht ganz unerheblich sein, so daß die Summe der Kinder, die durch Scheidung oder dauernde Trennung ihrer Eltern mit einer unvollständigen Familie leben müssen, noch größer ist.

Hat man heute die Familie als intime Gruppe zu verstehen ⁴¹⁾, deren Trennung für die Kinder mit weitreichenden Konsequenzen verbunden ist, weil sich für sie nicht nur das innere System der Beziehungen, sondern auch in erheblichem Maße die Beziehungen zur Umwelt verändern ⁴²⁾, gewinnt damit das Sorgerechtsverfahren nicht nur zahlenmäßig eine immer größere Bedeutung. Damit ist gleichzeitig die Tätigkeit des Vormundschaftsrichters (nach dem 1. EheRG ab 1.7.1977: Familienrichter) angesprochen, der angesichts der für die Kinder einschneidenden Lebenssituation mit über ihr zukünftiges Schicksal zu entscheiden hat. Es ist daher angezeigt, die Tätigkeit eines Richters erst einmal theoretisch zu beleuchten, um aufzuzeigen, welche Schwierigkeiten damit verbunden sind.

41) König aaO, S. 119

42) Lüschen-König, Jugend in der Familie, Bd. 3, S. 36

2. Richterliche Tätigkeit und der Begriff "Wohl des Kindes"

2.1 Tatsachenermittlung

Die Ermittlungstätigkeit der Vormundschaftsgerichte übt einen erheblichen, nicht zu unterschätzenden Einfluß auf die Feststellung des Kindeswohls aus. Nur dann kann nämlich das Wohl des Kindes beurteilt und damit die für das Kind günstigste Entscheidung gefunden werden, wenn eine Sachverhaltsermittlung betrieben wird, die eine sichere Beurteilung der Verhältnisse und Persönlichkeiten von Eltern und Kind zuläßt.

Gemäß dem durch § 12 FGG normierten Amtsermittlungsgrundsatz ist es Sache des Vormundschaftsgerichts, sich die tatsächliche Grundlage für seine Entscheidung zu verschaffen. Es hat, ohne hierbei an das Vorbringen der Beteiligten und deren Beweisangebote gebunden zu sein, den seiner Entscheidung zugrunde zu legenden Tatsachenstoff beizubringen, die erforderlichen Beweise in eigener Initiative zu erheben und den Sachverhalt festzustellen⁴³⁾. Der Umfang der Ermittlungen ist gesetzlich nur durch das Wort "erforderlich" bestimmt, hängt also von den Umständen des einzelnen Falles und demgemäß vom pflichtgemäßen Ermessen des Gerichtes ab⁴⁴⁾. Dabei steht es ebenfalls in seinem Ermessen, ob es sich mit der durch § 12 FGG eingeräumten Freiheit begnügen will, nur formlose Ermittlungen durchzuführen und damit, entsprechend dem Freibeweis des Zivilprozesses, beliebige Erkenntnisquellen zu benutzen, oder ob es gemäß § 15 FGG ein förmliches Beweisverfahren nach den Vorschriften der ZPO veranlaßt⁴⁵⁾.

Im Rahmen seiner Ermittlungen hat das Vormundschaftsgericht die Eltern gem. § 1695 Abs. 1 zur Frage der Übertragung der elterlichen Gewalt zu hören; es kann hiervon nur aus schwerwiegenden Gründen absehen. Dabei bedeutet Anhörung nicht, daß die Eltern persönlich - und damit mündlich - zu hören sind, es genügt auch eine von ihnen abgegebene schriftliche Äußerung⁴⁶⁾. Dagegen ist es nach § 1695 Abs. 2 wiederum in das Ermessen des Gerichts

43) Siehe dazu Keidel-Winkler, Freiwillige Gerichtsbarkeit, § 12, Anm. 20 (S. 262/263); Jansen, Freiwillige Gerichtsbarkeit, § 12, Anm. 39 (S. 231)

44) Vgl. Habscheid, Freiwillige Gerichtsbarkeit, S. 104

45) Vgl. Jansen aaO

46) Vgl. Schwöerer, FamRZ 1958, 441; Palandt-Lauterbach, § 1695, Anm. 2

gestellt, ob es mit dem von der Scheidung der Eltern betroffenen Kind Föhlung aufnehmen will, um sich ein besseres Bild über das Kind und seine Situation zu machen.

Eine weitere Verpflichtung für das Vormundschaftsgericht besteht darin, das Jugendamt über die Regelung der elterlichen Gewalt zu hören (§ 48a Abs. 1 Nr. 6 JWG). Der vom Jugendamt dem Vormundschaftsgericht vorzulegende Bericht soll eine Darstellung der ihm bekannten und von ihm ermittelten tatsächlichen Verhältnisse, nach Möglichkeit unter Anführung der Beweismittel, enthalten und unter Würdigung des Sachverhalts dem Vormundschaftsgericht einen bestimmten Vorschlag unterbreiten. Der Bericht hat mithin die Bedeutung einer selbständigen Stellungnahme einer sachverständigen Behörde; er darf sich weder auf die bloße Mitteilung der Erhebungen noch auf reine Werturteile beschränken. Zum Vorschlag des Jugendamts und den von ihm mitgeteilten Tatsachen ist den Beteiligten rechtliches Gehör zu gewähren, wenn das Vormundschaftsgericht die Tatsachen in das Verfahren einföhrt und sie entsprechend für seine Entscheidung verwerten will 47).

Nach dem vorstehend aufgezeigten rechtlichen Rahmen ist die Tatsachenermittlung alleinige Aufgabe des Gerichts; das Jugendamt wird nur begutachtend, allenfalls als Ermittlungsorgan des Gerichts tätig. Die Wirklichkeit sieht jedoch anders aus. Die anwachsende Zahl der Sorgerechtsverfahren hat dazu geführt, daß die Vormundschaftsgerichte zu einer eigenen Ermittlungstätigkeit kaum mehr imstande waren. Da aber in Vormundschafts-, besonders aber in Sorgerechtssachen ein Schwerpunkt des Verfahrens auf der Tatsachenermittlung liegt, wanderte die hauptsächlichliche Ermittlungstätigkeit zu den Jugendämtern hinüber 48). Damit sind die Gerichte bei Entscheidungen über das Sorgerecht für Kinder aus geschiedenen Ehen in weitgehendem Maß auf die Ermittlung der häuslichen, persönlichen, wirtschaftlichen und sonstigen in Betracht kommenden Verhältnisse der Beteiligten durch die Jugendämter angewiesen 49). Hieraus resultiert für die Vormundschaftsgerichte die Schwierigkeit, daß sie sich in vielen Fällen auf die Zuverlässigkeit der

47) Jansen aaO, S. 237/238

48) Munzinger, SJZ 1950, 403

49) Sommermeyer, Nachrichtendienst 1953 (Januar), 18

jugendamtlichen Ermittlungstätigkeit verlassen müssen und damit gleichzeitig keine eigenen Erkenntnisse ihren Entscheidungen zugrunde legen können. Sie sehen sich auch nicht selten vor die Tatsache gestellt, daß ihnen die Berichte - insbesondere bei Ermittlungen durch verschiedene Jugendämter - keine Entscheidungshilfe sind 50).

Eine weitere Schwierigkeit für die Vormundschaftsgerichte besteht darin, daß die für das Kindeswohl erheblichen Tatsachen zum Teil solche sind, die nicht mit den Sinnesorganen wahrnehmbar sind, sondern selbst erst durch Wertung - wie z.B. die Erziehungsfähigkeit eines Elternteils - gewonnen werden können. Dabei muß die Wertung oftmals noch eine Prognose künftiger Entwicklung - wie etwa die Reaktion des Kindes bei der Trennung von der Mutter - beinhalten ⁵¹⁾. Daraus resultieren Unsicherheiten, die die Gerichte gelegentlich dazu verleiten können, sich mit der Feststellung "vordergründiger" Tatsachen zu begnügen und sie alleine zur Grundlage ihrer Entscheidung zu machen. Erst wenn das Gericht die geschilderten Schwierigkeiten überwunden oder möglicherweise sogar außer Acht gelassen hat und damit die Tatsachenermittlung abgeschlossen ist, kann es sich - bei formal-logischer Betrachtung des Ablaufs seiner Tätigkeit - den rechtlichen Entscheidungsüberlegungen zuwenden.

2.2 Die Auslegung des Begriffs "Wohl des Kindes" in Literatur und höchstrichterlicher Rechtsprechung

Das Gesetz verlangt in § 1671 Abs. 3 Satz 1, daß das Vormundschaftsgericht die Regelung zu treffen hat, die "unter Berücksichtigung der gesamten Verhältnisse dem Wohl des Kindes am besten entspricht". Es ist damit zur Formulierung des § 81 Abs. 1 Satz 2 EheG 1938 zurückgekehrt, nachdem § 74 Abs. 2 Satz 1 EheG 1976 vom "wohl-

50) Siehe die Untersuchungen von Lempp und Wagner, FamRZ 1975, 70/71 und die bestätigenden Erfahrungen von Kemper, ZblJugR 1976, 480/481; vgl. auch Sommermeyer aaO

51) Vgl. hierzu Mnookin, FamRZ 1975, 1 ff (2/3); siehe auch Latey, RdJ 1974, 143 ff, der in einem Beitrag aus der englischen Rechtspraxis meint: eine vergleichende Abwägung des Wohls des Kindes auf kürzere und auf längere Sicht, die beileibe nicht immer im Einklang miteinander ständen, beinhalte den Versuch, in die Zukunft zu sehen, was niemand mit Sicherheit tun könne. Es bleibe nur übrig, die Wahrscheinlichkeiten im voraus festzustellen

verstandenen Interesse des Kindes" gesprochen hatte, ohne daß dies eine sachliche Änderung bedeutet hätte ⁵²⁾.

Der Gesetzgeber hat es bewußt der Rechtsprechung und der Literatur überlassen, den Begriff "Wohl des Kindes" auszulegen. Dies geschah im Wege einer extensiv-systematischen Auslegung, da diese am geeignetsten war, diesen Rechtsbegriff auszuleuchten ⁵³⁾. Dabei wurde zunächst an § 1 JWG angeknüpft, der erkennen läßt, daß das "Wohl des Kindes" gewährleistet ist, wenn seine Erziehung zur leiblichen, seelischen und gesellschaftlichen Tüchtigkeit führt ⁵⁴⁾. Auch aus den in § 1671 Abs. 5 gebrauchten weiteren Attributen zum Begriff "Wohl des Kindes" entnahm man, daß er sowohl das geistige wie auch das leibliche Wohl umfassen mußte. Dies wurde unter Hinweis auf § 1666 Abs. 1 bekräftigt, wo gleichfalls vom geistigen und leiblichen Wohl des Kindes die Rede ist ⁵⁵⁾. Schließlich wurde auch Art. 6 Abs. 2 GG zur erweiternden Begriffserfassung herangezogen, da darin von einem natürlichen Recht der Eltern auf Pflege und Erziehung der Kinder gesprochen wird. In diesem Zusammenhang bedeutet Pflege soviel wie "Sorge für die körperliche Existenz und für eine angemessene geistige und seelische Entwicklung". Unter "Erziehung" wird die "Gesamtheit der seelisch-geistigen Einwirkungen" verstanden, die auf das Kind bewußt und absichtlich ausgeübt werden, um die vorhandene Begabung zu entfalten und zu entwickeln, sowie den jungen Menschen nach den Auffassungen und Wertmaßstäben der Eltern und sonstigen Erziehungsberechtigten zur vollwertigen Persönlichkeit und zum leistungsfähigen Glied der Gemeinschaft zu formen ⁵⁶⁾. Demnach ist unter "Wohl des Kindes" ein Zustand zu verstehen, bei dem die leibliche Existenz sowie eine angemessene geistige und seelische Entwicklung des Kindes zugleich im Sinne der Formung des Kindes zu einer vollwertigen

52) Schwoerer, FamRZ 1958, 437; vgl. Erman-Ronke, § 1671, Anm. 10A; Egner, Die elterliche Gewalt nach Scheidung der Eltern, S. 54

53) Vgl. Boxdorfer, RdJ 1972, 260

54) Möbs, Die elterliche Gewalt bei Scheidung und Trennung, S. 83; Dölle, aaO, S. 293; Soergel-Lange, § 1671, Anm. 25

55) Boxdorfer aaO

56) Vgl. Peters, Elternrecht, Erziehung, Bildung und Schule, in: Die Grundrechte (hrsg. von Bettermann-Nipperdey-Scheuner), IV Bd., 1. Halbband, S. 381; Engler, FamRZ 1969, 63 ff (64/65)

Persönlichkeit und zu einem lebensstüchtigen Glied der Gemeinschaft gewährleistet ist 57). Damit hat das Vormundschaftsgericht bei seiner allein am Kindeswohl orientierten Entscheidung darüber zu befinden, bei welchem Elternteil die größere Gewähr dafür besteht, daß das Kind sich leiblich, geistig und seelisch gut entwickelt 58).

Dazu hat der BGH dargelegt, daß der Schwerpunkt der Prüfung auf der Eignung der Elternteile zur Erziehung liegen müßte und der größeren Gunst der äußeren wirtschaftlichen Verhältnisse allein kein ausschlaggebender Wert beizulegen sei 59). Es komme stärker auf die charakterliche Veranlagung der Elternteile an als auf die mehr äußeren Umstände der Unterbringung und der Möglichkeiten einer Beaufsichtigung des Kindes 60).

Obwohl danach auf die menschliche Seite, das heißt auf die persönlichen Qualitäten der Elternteile das Hauptgewicht zu legen ist, dürfen darüber nicht die jeweiligen äußeren Verhältnisse, die beidseitigen Lebensformen und die Entwicklungsbedingungen gänzlich außer Betracht gelassen werden. Dinge, die mit den Charakteren der Elternteile nichts zu tun haben, wie das Milieu, worin das Kind aufwachsen wird, sind durchaus mit zu berücksichtigen. So spielen Alter, Geschlecht, Veranlagung, Gesundheit, Beruf, An- und Abwesenheit, gemeinsame oder verschiedene Konfessionen von Elternteil und Kind, bisherige Unterbringung und Bewertung eines etwaigen Wechsels, bisheriges Verhalten der beiden Elternteile gegenüber dem Kind (Unterhaltszahlungen, Besuche, Geschenke, Briefe, usw.) eine nicht unwichtige Rolle. Auch der Aufenthalt minder- oder volljähriger Kinder, an die es sich vielleicht angesichts des Zwiespaltes der Eltern besonders eng angeschlossen hat, eine Wiederverheiratung eines Elternteiles nach der Scheidung und das Vorhan-

57) Möbs aaO, S. 92, Beitzke, Familienrecht, S. 204: "Das Vormundschaftsgericht muß prüfen, wo die Kinder am besten und gesündesten aufwachsen, die beste Erziehung und Ausbildung erhalten können".

58) Boxdorfer aaO; vgl. auch Egner aaO, S. 55

59) BGHZ 3, S. 52; Möbs aaO, S. 92; Gernhuber, Lehrbuch, § 56 IV (S. 650/651)

60) BGH NJW 1952, 1254/1255; vgl. hierzu Staudinger-Schwoerer, § 1671, Anm. 88; Schworer, NJW 1964, S. 6

densein von Stiefgeschwistern sind erheblich. Die Umwelt, die Interessenverteilung, Lebenserwartungen, Wohnverhältnisse, Ausbildungsmöglichkeiten, finanzielle Lage, die Pflicht und die Fähigkeit eines Elternteiles zur Gewährung von Unterhaltsleistungen müssen fernerhin in Betracht gezogen werden ⁶¹⁾.

2.3 Die richterliche Wertung

Mit der durch die höchstrichterliche Rechtsprechung und die Literatur vorgenommenen Auslegung und Begriffserfassung des Entscheidungskriteriums "Wohl des Kindes" ist dem Vormundschaftsrichter bereits einige Hilfe für die Subsumtion gegeben ⁶²⁾. Trotzdem sieht er damit seine Schwierigkeiten bei der Urteilsfindung nicht beseitigt. Dies liegt an der tatbestandlichen Fassung der Entscheidungsnorm. Der Richter wird nämlich alleine darauf verwiesen, nach dem "Wohl des Kindes" unter Berücksichtigung der gesamten Verhältnisse zu entscheiden, ohne daß ihm weitere tatbestandlich formulierte Entscheidungshilfen gegeben werden. Seine Entscheidungsgrundlage ist demnach allein ein unbestimmter Rechtsbegriff, dessen Inhalt und Umfang zunächst weitgehend ungewiß ist ⁶³⁾. Dieser ist als solcher einer konkretisierenden Auslegung zugänglich, seine Anwendung im Einzelfall erfährt aber eine weitere Unsicherheit dadurch, daß man ihn durch bloße Auslegung nicht mit einem bestimmten Inhalt erfüllen kann ⁶⁴⁾. Er teilt damit das typische Schicksal aller unbestimmten Rechtsbegriffe mit normativen Charakter. Ihre Bedeutung liegt darin, daß es stets einer Wertung bedarf, sie also nur von wert- und normbezogenen Vorstellungen her gedacht werden können, um sie im Einzelfall zur Anwendung zu bringen ⁶⁵⁾.

Diese Eigenart der ausfüllungsbedürftigen und unbestimmten Rechtsbegriffe hat deshalb auch Auswirkungen auf die vom Richter vorzu-

61) Müller-Freienfels, JZ 1959, S. 339 ff (344); vgl. Palandt-Lauterbach, § 1671, Anm. 3; Soergel-Lange, § 1671, Anm. 26; Erman-Ronke, § 1671, Anm. 10 Aa-e; Staudinger-Schwoerer, § 1671, Anm. 88-97; Wuppermann, FamRZ 1972, 555

62) Boxdorfer aaO, S. 260/261

63) Engisch, Einführung in das juristische Denken, S. 108

64) Nastelski, GRUR 1968, 545 ff (546)

65) Dubischar, Grundbegriffe des Rechts, S. 23

nehmende Subsumtion des Lebenssachverhaltes. Da sie keinen durch einzelne, bestimmte Merkmale gekennzeichneten und erschöpfend definierten Tatbestand enthalten, der als Obersatz eines Subsumtionsschlusses dienen könnte ⁶⁶⁾, ist der Richter nicht in der Lage, den Lebenssachverhalt wie unter einem ihm "gegebenen" Rechtsatz einfach zu subsumieren ⁶⁷⁾. Sie geben ihm nur einen Hinweis auf einen bestimmten, durch die Anwendung der Norm zu verwirklichenden Wert oder allenfalls auf einen bestimmten Wertmaßstab; im Grund genommen stellen sie nur Richtlinien oder Maximen für die Urteilsfindung dar. Von einer einfachen logischen Subsumtion des Einzelfalles unter die Norm kann daher keine Rede sein. Die Anwendung ausfüllungsbedürftiger unbestimmter Rechtsbegriffe, wie dem des "Kindeswohls", vollzieht sich vielmehr allein durch Werturteile ⁶⁸⁾.

Daher kommt der Vormundschaftsrichter bei der Frage, was dem "Wohl des Kindes" am besten entspricht, und bei der Subsumtion des Lebenssachverhaltes unter diesen Rechtsbegriff trotz der durch Auslegung erfolgten weiteren Konkretisierung nicht an einer Wertentscheidung vorbei. Denn die Entscheidung, bei welchem Elternteil das Kind - neben der besseren Unterbringung und Versorgung in körperlicher Hinsicht - "in seelisch-geistiger Hinsicht besser zu einer lebensstüchtigen Persönlichkeit herangezogen und heranwachsen kann", verlangt eine Wertung ⁶⁹⁾.

Die eigentliche Schwierigkeit der Beurteilung nach einem Wert liegt für den Richter darin, daß "Werte" nicht in der gleichen unmittelbaren Weise gegeben sind wie Gegenstände der Wahrnehmung. Sie werden dem Menschen wohl überhaupt nicht anders bewußt, als in der Reflektion auf eigene oder fremde Akte wertender Stellungnahme zu konkreten Handlungen und Vorstellungen ⁷⁰⁾. Darin eingeschlossen ist die Forderung an den Richter, sich von seinem subjektiven Wert-

66) Nastelski aaO, S 546; Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 263

67) Larenz aaO

68) Nastelski aaO; Larenz aaO, S. 260 u. S. 263; der die hier nicht weiterzuverfolgende These aufstellt, daß unter "ausfüllungsbedürftige" Wertmaßstäbe überhaupt nicht subsumiert werden könne; Müller-Freienfels, JZ 1959, 396 ff (397)

69) Boxdorfer aaO, S. 261

70) Larenz aaO, S. 262

empfinden freizumachen und seine eigene Bewertung des Falles nur als Glied in der Reihe vieler gleichwertiger Wertungen, mit denen er sie zu vergleichen hat, zu verstehen. Seine persönliche Wertung soll er also nur als Bestandteil des Erkenntnismaterials und nicht als letztgültigen Erkenntnismaßstab berücksichtigen 71). Er ist somit gehalten, sachgerecht mit rationaler Begründung zu entscheiden 72), was dann der Fall ist, wenn sich die Wertungen an objektiven Maßstäben orientieren 73). Diese konkreten, allgemein gültigen Wertmaßstäbe, an denen sich das Urteil auszurichten hat, müssen in der Regel dann jeweils von Fall zu Fall aufgesucht oder entwickelt werden 74).

Damit stellt sich gleichzeitig die Frage, wie der Richter einen solchen nicht kodifizierten Wertmaßstab erkennt. Da dieser nur in der Beurteilung bestimmter, als "typisch" zu betrachtender Fälle greifbar ist, kann er allenfalls aus einer Reihe von Fallbeurteilungen erschlossen werden. Der Richter wird sich daher zunächst fragen, wie in anderen, vergleichbaren Fällen von ihm selbst oder einem anderen Richter geurteilt wurde. Damit wird neben der eigenen Erfahrung des Richters die Fallvergleichung zu einem, wenn nicht zum wichtigsten Mittel der "Ausfüllung" eines ausfüllungsbedürftigen Wertmaßstabes. Die Anwendung eines solchen Maßstabes geschieht demgemäß nicht durch Subsumtion, sondern durch Auslegung seines Sinnes und "Konkretisierung" mittels sozialer Erfahrung und Fallvergleichung 75). Demzufolge bedeuten auch die Einzelentscheidungen und Entscheidungsgruppen, durch welche die objektiv-normativen Begriffe "konkretisiert" werden, wieder so etwas wie eine Art Auslegung dieser Begriffe 76). Der Richter muß sich daher bewußt sein, daß er mit jeder Entscheidung eines einzelnen Falles eine allgemeine Richtlinie für jeden gleichwertigen Fall aufstellt 77).

71) Engisch aaO, S. 126

72) Esser, Vorverständnis, S. 163

73) Nastelski aaO, S. 547; Boxdorfer aaO, S. 260

74) Boxdorfer aaO; Engisch aaO; Nastelski aaO, S. 547

75) Larenz aaO, S. 265/266; er unterscheidet "Auslegung" und "Konkretisierung" hier in der Weise, daß er unter der "Auslegung" eines bestimmten Wertbegriffes die Verdeutlichung seines Sinngehaltes im allgemeinen und unter der "Konkretisierung" seine Verdeutlichung in der Bewertung bestimmter als "typisch" empfundener Fälle versteht; vgl. auch Nastelski aaO; Müller-Freienfels aaO, S. 398

76) Engisch aaO

77) Müller-Freienfels aaO

Dabei wird das mit dem Rechtsbegriff Gemeinte immer klarer und bestimmter, je umfangreicher das Anschauungsmaterial der Anwendungs- und Nichtanwendungsfälle im Laufe der Zeit wird und je stärker sich dann anhand der Beispielsfälle Richtlinien und einzelne Fallgruppen für ihre Anwendung entwickeln lassen 78). Die Aufgabe der Rechtswissenschaft ist es hierbei, im Wege der Rechtstatsachenforschung durch systematische Darstellung der durch die Rechtsprechung erarbeiteten Rechtssätze 79) sowie durch Abklärung typischer Fälle oder auch durch nachträgliche konstruktive Kritik der Judikatur dem Richter für seine Wertentscheidung eine Hilfestellung zu geben 80).

Mehr als in der Vergangenheit ist der Gegenwart die Problematik der Unbestimmtheit des Rechtsbegriffs "Wohl des Kindes" bewußt geworden 81). Dies wird insbesondere in der Literatur deutlich, die erst in den zurückliegenden Jahren begann, sich mit den nicht zu übersehenden Schwierigkeiten, die die Handhabung des Begriffs mit sich bringt, kritisch auseinanderzusetzen und nach seiner Eignung als Entscheidungskriterium im Sorgerechtsverfahren zu fragen 82).

3. Der Begriff "Wohl des Kindes" in der Kritik

Bereits unter der Geltung des § 74 EheG wurde die Formulierung "Wohl des Kindes" für zu vieldeutig und farblos gehalten und der Standpunkt vertreten, daß es erforderlich sei, die Umstände, die der Gesetzgeber als dem Wohl des Kindes förderlich ansehen wolle, ausdrücklich zu bezeichnen 83). Kurze Zeit nach Inkrafttreten des

78) Starck, JZ 1972, 609 ff (613)

79) Baur, JZ 1957, 193 ff (197)

80) Germann, Probleme und Methoden der Rechtsfindung, S. 95

81) Gernhuber, FamRZ 1973, 230

82) Müller-Freienfels, JZ 1959, 339 ff und 396 ff (398); Lempp, NJW 1963, 1659 f; ders., NJW 1972, 315 ff; ders., ZblJugR 1974, 124 ff; Luther, RdJ 1972, 161 ff (174); Boxdorfer, RdJ 1972, 260 f; Briegleb, ZblJugR 1971, 332 ff (337); NN, Nachrichtendienst 1953, 109/110; Wuppermann, RdJ 1971, 114 ff (115); ders., FamRZ 1972, 555; Quambusch aaO, S. 12 und 29; Gisela Zenz, AcP 1973, 527 ff (541/542); Gernhuber, FamRZ 1973, 229 ff; Mnookin aaO; Lüderitz, FamRZ 1975, 605 ff; Kemper, ZblJugR 1976, 478 ff; weniger oder kaum kritisch die einschlägigen Kommentare und familienrechtlichen Standardwerke

83) NN, Nachrichtendienst 1953, 109

Gleichberechtigungsgesetzes ⁸⁴⁾ bezeichnete Müller-Freienfels ⁸⁵⁾ das Kriterium "Kindeswohl" als Schlagwort, bei dem jeder Versuch einer sinngemäßen Ordnung damit beginnen müsse, diesen Ausdruck zu konkretisieren. Andere Autoren ⁸⁶⁾ charakterisierten in der Folgezeit diesen Begriff als altertümlich ⁸⁷⁾ und vorkonstitutionelle Vokabel mit altväterlichem Anstrich, die schon im BGB um die Jahrhundertwende enthalten gewesen sei ⁸⁸⁾. Lüderitz ⁸⁹⁾ schließlich meinte, die bisherigen Leistungen der Rechtswissenschaft seien bescheiden: Überwiegend werde der unbekannte Maßstab durch andere Unbekannte umschrieben. Der die Reformdiskussion beherrschende und zum Zuteilungskriterium der elterlichen Sorge erhobene Maßstab des "Wohls des Kindes" könne die in ihn gesetzten Erwartungen nicht erfüllen. Er sei daher als "positiver Standard" für die Regelung der elterlichen Gewalt nicht geeignet ⁹⁰⁾.

Im Zuge der Kritik wird gefordert, ernsthaft zu überprüfen, ob man diesen äußerst umstrittenen Begriff "Wohl des Kindes" nicht präzisieren ⁹¹⁾, schärfer fassen und definieren könne ⁹²⁾. Die Klarstellung dieses wichtigsten Entscheidungskriteriums des Sorgerechtsverfahrens sei um so wichtiger, als nach den Reformarbeiten das Kindeswohl alleiniger Maßstab dafür sei, wem die Verantwortung für die Kinder gebühren solle ⁹³⁾. Dies könne künftig nur durch ein Mehr an objektiven Maßstäben erreicht werden ⁹⁴⁾. Denn was die Vormundschaftsrichter und die sie unterstützenden Jugendrichter in erster Linie benötigten, sei die genauere und bessere Kenntnis dessen, worauf sie jeweils im einzelnen bei ihren Entscheidungen Wert legen müßten ⁹⁵⁾.

Wird somit die Präzisierung des Begriffs "Kindeswohl" vielfach als Aufgabe formuliert, ist doch festzustellen, daß sie bislang nicht

84) Gleichberechtigungsgesetz vom 18.6.1957 (BGBI. I S. 609)

85) Müller-Freienfels aaO, S. 398

86) Luther aaO; Briegleb aaO; vgl. auch Wuppermann, RdJ 1971, 114/115

87) So Luther aaO

88) So Briegleb aaO

89) Lüderitz aaO, S. 606

90) Gernhuber, FamRZ 1973, 232, versteht unter positiven Standard einen realen, in der sozialen Wirklichkeit akzeptierten Normalmaßstab korrekten sozialen Verhaltens, also eine empirisch feststellbare Realität, die für das handelnde Subjekt die Qualität des Vorbildlichen hat, dem zu folgen er verpflichtet ist

91) Luther aaO

92) Lempp, NJW 1972, 319; vgl. auch Wuppermann, FamRZ 1972, 555

93) Luther aaO

94) Thamm, Stern Nr. 27/1972

95) Müller-Freienfels aaO, S. 398

in Angriff genommen wurde. Vielleicht liegt es daran, daß das Postulat schon mit dem Zweifel behaftet ist, ob eine solche Präzisierung überhaupt möglich ist. Dies ist jedenfalls den Ausführungen von Gernhuber⁹⁶⁾ zu entnehmen. Er weist darauf hin, daß eine abschließende Bestimmung dessen, was das Wohl des Kindes bedeute, möglich sein könne. Dennoch könne daraus nie eine exakte Definition gewonnen werden, die eine Rechtsanwendung in Syllogismen gestatte. Er selbst verzichtet schon auf einen solchen Versuch und fügt hinzu: wer alles zu sagen unternehme, gerate leicht in Gefahr, unter zunehmender Abstraktion schließlich im Nichts zu enden. Mehr verspreche jedenfalls das Bemühen um eine rechtstheoretische Präzisierung des Maßstabes, die nicht für sich in Anspruch nehme, ihn zu erschöpfen, die sich auch der Grenzen bewußt bleibe, die notwendig jedem gezogen seien, der die Besonderheiten eines jeden Einzelfalles nicht leugnen könne und auch gar nicht leugnen wolle und die doch der Praxis zu dienen vermöge.

Trotz seiner Kritik an der "Kindeswohl"-Formel stellt auch Lüderitz⁹⁷⁾ keine Forderung, sie zu präzisieren. Er meint, wenn das Gesetz den Weg gehe, das "Wohl des Kindes" als allgemeinen "positiven Standard" zu verwenden, müßten Hilfsregeln entwickelt werden, deren Tatbestände verhältnismäßig einfach erkennbare äußere Umstände bildeten, die Indizien für die Berücksichtigung des Kindeswohls seien. Als solche Tatbestände böten sich an: der gemeinsame Vorschlag der Eltern, der erklärte Wille des heranwachsenden Kindes und die der Trennung vorausgehende tatsächliche Lage. Eine Widerlegung dieser Indizien im Einzelfall mit der Begründung, die aufgrund der Regel gewonnene Entscheidung widerspreche dem Kindeswohl (negativer Standard), sei zuzulassen.

Lempp⁹⁸⁾, der noch zuvor geäußert hatte, der Begriff des Kindeswohls müsse schärfer gefaßt und definiert werden, ist nunmehr der Auffassung, daß eine abstrakte Definition des Kindeswohls nicht möglich ist. Im übrigen sei man in der vormundschaftsgerichtlichen Praxis eigentlich immer nur gezwungen, das Wohl des Kindes negativ, d. h. seine Gefährdung festzu-

96) Gernhuber, FamRZ 1973, 231

97) Lüderitz aaO, S. 607 u. 609; vgl. auch Gisela Zenz, AcP 1973, 527 ff (541/542), die feststellt, man könne über Sinn und Möglichkeit einer generellen Definition des Kindeswohlbegriffs durchaus geteilter Meinung sein

98) Lempp, ZblJugR 1974, 124

stellen. Die Kinder- und Jugendpsychiater kämen auch bei gutachtlichen Fragestellungen sehr schnell in Schwierigkeiten, wenn z. B. die Frage lauten würde: Wenn zwei Möglichkeiten das Kindeswohl nicht beeinträchtigten, welche Möglichkeit ist für das Kindeswohl noch besser als die andere?

Die das Kindeswohl nach dem Gesetz mitbestimmenden Faktoren wie Allein-Scheidungsschuld eines Elternteils und Vorschlagsrecht der Eltern fanden ebenfalls Kritik. Nachdem ab 1.7.1977 der Alleinschuldspruch im Sorgerechtsverfahren keinen Einfluß mehr hat, ist es sinnvoll, sich auf einen kurzen Überblick über die Kritik an dem Vorschlagsrecht der Eltern zu beschränken:

Wenige Zeit nach Inkrafttreten des Gleichberechtigungsgesetzes von 1957 meinte Riedel ⁹⁹⁾, es sei nicht verständlich, daß man bei der Neufassung der Vorschriften über die Regelung der elterlichen Gewalt so großen Wert auf die Einigung der geschiedenen oder getrennt lebenden Eltern lege. Es werde hier von einem Idealbild der Eltern ausgegangen, wie es nie in gestörten, modernen Familien Wirklichkeit werden könne. Ein Gesetz müsse die rauhe Wirklichkeit berücksichtigen und dürfe nicht einen Idealzustand voraussetzen ¹⁰⁰⁾.

Er knüpfte damit an frühere schweizerische Untersuchungen an. So hat Gigon ¹⁰¹⁾ festgestellt, häufig widerspreche die vereinbarte Lösung geradezu dem Kindeswohl, da ihr Motiv oft unbewußt oder bewußt nicht das Interesse des Kindes sei, sondern die Erkaufung der Zustimmung des anderen Teils zur Scheidung. Ebenso betonte Hohermuth ¹⁰²⁾, man könne sich des Eindrucks nicht erwehren, daß alle möglichen eigensüchtigen und wirtschaftlichen Gründe für die Beanspruchung des Kindes maßgebend seien. Oft müsse der eine Teil klein beigeben, denn der andere sei der Stärkere. Später könne man alles mögliche hören über die Umstände, unter denen solche Vereinbarungen zum Teil zustande gekommen seien. Bosshard ¹⁰³⁾ zog aus den von ihm untersuchten Fällen den Schluß, daß jeder

99) Riedel, Das Recht der Kinder aus geschiedenen Ehen, S. 128; vgl. auch Lempp, NJW 1964, 440

100) Vgl. Blüthgen, Informationsschreiben Deutsche Arbeitsgemeinschaft 1966, S. 11: "Nur das Vertrauen auf die Einsicht der Eltern kann den Gesetzgeber bewogen haben, dem gemeinsamen Vorschlag der Eltern eine so große Bedeutung beizumessen"

101) Gigon, Die Zuteilung der Kinder aus geschiedenen und getrennten Ehen, S. 59/60

102) Hohermuth, Schw.Zschr.f.Gem. 1937, 47; vgl. auch Luther aaO, S. 164

103) Bosshard, Psychische Störungen bei Kindern im Gefolge von richterlichen und vormundschaftsrichterlichen Maßnahmen bei Scheidung der Eltern, S. 67/68

Scheidungskonvention im Hinblick auf die Zuteilung der Kinder sehr zu mißtrauen und eine genaue Abklärung in jedem Fall erforderlich sei.

Dabei wird der Wert eines gemeinsamen Vorschlags der Elternteile keineswegs verkannt. Es heißt, er gebe eine Chance, daß der "Kampf um das Kind" nicht weiter fortgesetzt werde ¹⁰⁴⁾. Jedoch sei das Argument für den Vorrang der Elternentscheidung, in der Regel werde sich der Vorschlag der Eltern mit dem Kindeswohl decken, keineswegs immer stichhaltig. Es bestehe vielmehr die Gefahr, daß die Richter nach Vorlage einer Vereinbarung keine Veranlassung mehr sähen, an ihrer Richtigkeit zu zweifeln ¹⁰⁵⁾. Die Bindung der Richter an die elterliche Vereinbarung, obwohl sie aus einer objektiven Sicht wesentlich bessere Vorschläge machen könnten ¹⁰⁶⁾, führe bei manchen Richtern dazu, daß sie die Scheidungskonvention in Bausch und Bogen, ohne nähere, gewiß oft zeitraubende Untersuchungen annähmen ¹⁰⁷⁾. Niemand kenne die Dunkelziffer der Vorschläge, die beanstandet werden müßten. Die richterliche Kontrolle zum Schutz der Kinder vor bedenklichen Vorschlägen sei daher äußerst schwach ¹⁰⁸⁾. Die bisherige Rechtsauffassung, daß von einem gemeinsamen Beschluß der Eltern über das Sorgerecht nur dann abgewichen werden könne, wenn dies zum Kindeswohl erforderlich sei, müsse neu überdacht werden ¹⁰⁹⁾.

Mit der aufgezeigten Kritik wird bisweilen die Feststellung verbunden, daß es von Interesse sei, wie der Begriff "Wohl des Kindes" in der Rechtspraxis ausgefüllt werde ¹¹⁰⁾. Es wird auch darauf hingewiesen, daß es im Rahmen der Reform der elterlichen Gewalt überhaupt an empirischen Daten fehle, auf die sich die Reformüberlegungen stützen ließen ¹¹¹⁾. An diese Gedankengänge will die vorliegende Arbeit anknüpfen.

104) Müller-Freienfels aaO, S. 401; Gigon aaO, S. 59

105) Hohermuth aaO, S. 47

106) Luther aaO

107) Bosshard aaO, S. 67

108) Luther aaO, S. 164/165

109) Lempp, NJW 1972, S. 316/317; vgl. auch Briegleb aaO, S. 33 ff

110) Quambusch aaO, S. 12

111) Gisela Zenz aaO, S. 531/532

4. Aufgabenstellung und Gang der Arbeit

4.1 Aufgabe der Arbeit

Bis zur Vorlage des Gesetzentwurfs zur Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge ¹¹²⁾ konnte man sich auch aufgrund der Materialien zur Reform des Ehe- und Familienrechts des Eindrucks nicht erwehren, daß die Kinderzuteilung juristisch als eine Art "Nebenfolge" der Scheidung behandelt wurde ¹¹³⁾. Nun "ist aber wahrhaftig die Kinderzuteilung bei Ehescheidung so wenig Nebenfolge, wie Kinder Nebenfolge einer Ehe sind" ¹¹⁴⁾. Daher muß aus dem Komplex der Scheidungsfolgen in Bezug auf die Kinder gerade der Frage der Regelung der elterlichen Gewalt besondere Aufmerksamkeit geschenkt werden ¹¹⁵⁾.

Hierzu will die Arbeit einen Beitrag leisten. Im Anschluß an die Kritik, die der Begriff "Wohl des Kindes" als oberster Leitsatz für die Entscheidung über die Zuteilung der elterlichen Gewalt erfahren hat, und in der berechtigten Annahme der zunehmenden Bedeutung des Sorgerechtsverfahrens als Folge der Scheidungsreform will sie versuchen, zu einer Klärung dieses Entscheidungskriteriums beizutragen. Sie geht hierbei davon aus, daß die Regelung der elterlichen Gewalt im Anschluß an Scheidung und Trennung die Lösung eines Interessenkonfliktes zwischen Eltern- und Kindesinteressen darstellt ¹¹⁶⁾, und daher die Beurteilungsfaktoren für die Entscheidung dieser Interessenkollision im tatsächlichen Bereich zu suchen sind. Dabei ist eine abstrakte Analyse der für die Beurteilung des Kindeswohls maßgebenden Umstände allein wenig sinnvoll, weil diese Faktoren nicht isoliert von einem zu beurteilenden Fallgeschehen betrachtet und bewertet werden können, und weil dabei die Person des Beurteilenden und das zur Beurteilung führende Verfahren außer acht gelassen werden. Insofern bietet es sich aber an, den klärenden Beitrag zum "Kindeswohl"-Begriff

112) Vgl. Fn. 13

113) Vgl. u. a. Thesen der Ehrechtskommission, FamRZ 1970, 213 u. 429; Diskussionsentwurf in der Information des Bundesministers für Justiz 48/70, S. 5 des Vorwortes, zitiert bei Briegleb aaO, Anm. 3; Gutachten des deutschen Juristentages 1970, Meier-Reimer, A 64 - A 68, A 107

114) Bosshard aaO, S. 68

115) Luther aaO, S. 161; Briegleb aaO, S. 33

116) Blüthgen aaO, S. 20; Briegleb aaO, S. 35; Neuhaus, FamRZ 1972, 279/280; Quambusch aaO, S. 2; Möbs aaO, S. 83, der darauf hinweist, daß allgemeine Erörterungen und Diskussionen nicht weiter helfen

aufgrund einer Analyse von vormundschaftsgerichtlichen Sorge-rechtsentscheidungen zu leisten. Soweit ersichtlich, sind näm-lich solche Entscheidungen bislang noch nicht in größerem Umfang empirisch untersucht worden 117).

Damit ist der Rahmen der Arbeit abgesteckt. Sie sieht ihre Aufgabe darin, zur Verdeutlichung des Begriffs dadurch beizutragen, daß sie anhand einer Untersuchung von Gerichtsentscheidungen analysiert wie gerade die Vormundschaftsgerichte den Begriff "Wohl des Kindes" bei der Zuteilung der elterlichen Gewalt handhaben. Dabei geht es ihr vornehmlich um eine Bestandsaufnahme der Faktoren, die für die Entscheidung eine Rolle spielen. Zu diesen gehören auch verfahrens-rechtliche Umstände, da sie ebenfalls einen Einfluß auf die Ent-scheidung haben. Die so registrierten Faktoren sollen in diesem Rahmen auf ihre Wertung durch die Vormundschaftsgerichte im Hin-blick auf das "Wohl des Kindes" untersucht werden 118). Dabei wird das Hauptaugenmerk auf der Untersuchung der Frage liegen, ob von den Vormundschaftsgerichten von Fall zu Fall gleiche oder ähnliche Gegebenheiten in unterschiedlicher oder gar gegensätzlicher Weise gewertet wurden. Aus solchen möglichen Wertungswidersprüchen oder Wertungsschwierigkeiten könnte dann eine Forderung nach entsprechen-enden gesetzlichen Wertungsrichtlinien abgeleitet werden. Gegebenen-falls wird in diesem Zusammenhang darauf zu achten sein, ob sich an-hand des gewonnenen Anschauungsmaterials Zuteilungsregeln ermitteln lassen, nach denen die Vormundschaftsgerichte in praxi verfahren.

Im übrigen soll der analytische Ausgangspunkt und Rahmen der Arbeit kein Hindernis dafür sein, die sich mit dem Sorgerechtsverfahren befassende Literatur - soweit dies angebracht erscheint - mit in die Untersuchung einzuflechten 119). Gleichzeitig können die gewonnenen

117) Zur Zeit ist jedoch eine gleichlaufende Untersuchung an der Johann-Wolfgang-Goethe-Universität in Frankfurt durch eine unter Simitis, Rosenkötter und Vogel gebildete Forschungs-gruppe Familienrecht im Gange. Der Verfasser war sich bei seiner Arbeit darüber im klaren, daß solche weiteren Unter-suchungen notwendig sind, um aufgrund vergleichender Auswer-tung Aussagen über die Handhabung des Kindeswohl-Begriffs ge-winnen zu können, die über den von ihm untersuchten Bezirk hinausreichen.

118) Vgl. Gigon aaO, S. 76

119) z.B. kann die lesenswerte Untersuchung von Haffter: "Kinder aus geschiedenen Ehen" nicht berücksichtigt werden. Anhand des Schicksals von 210 Kindern aus 100 in Basel geschiedenen Ehen beschreibt er eindringlich die Situation der Kinder vor, während und nach der Scheidung

praktischen Ergebnisse und die in der Literatur vertretenen Ansichten in ihrer Gegenüberstellung Anlaß geben, zu der einen oder anderen Frage kritisch Stellung zu nehmen.

4.2 Weg der Untersuchung

Die Untersuchung der vormundschaftsrichterlichen Entscheidungen wurde an den Amtsgerichten im Landgerichtsbezirk Offenburg durchgeführt¹²⁰⁾. Für die Wahl dieses Landgerichtsbezirkes waren keine besonderen Umstände maßgebend; er wurde gewählt, weil er mit seinen 6 Amtsgerichten überschaubar war und für den begrenzten Rahmen einer Dissertation eine abgeschlossene Untersuchung eines Landgerichtsbezirkes zuließ. Um die zu erwartende Fülle des Entscheidungsmaterials festzustellen, wurde zunächst am Amtsgericht Lahr ein Zeitraum von 11 Jahren (1960-1970) untersucht. Die registrierten 299 Fälle ließen vom Umfang des Materials den Schluß zu, daß es ausreichend sein würde, bei den verbleibenden Amtsgerichten nur noch den Entscheidungszeitraum von 1965-1970 zu analysieren. Sodann wurden weitere 556 Verfahren aus den übrigen Amtsgerichtsbezirken in die Untersuchung einbezogen, so daß im Landgerichtsbezirk Offenburg insgesamt 855 Fälle ausgewertet werden konnten¹²¹⁾. Im Laufe der Untersuchung erschien es zweckmäßig, auch das Amtsgericht Ettenheim, obwohl zum Landgerichtsbezirk Freiburg gehörig, mit in die Fallanalyse einzubeziehen, nachdem Bestrebungen bekannt wurden, den Amtsgerichtsbezirk Ettenheim zum Landgerichtsbezirk Offenburg zu schlagen¹²²⁾.

Bei der Auswertung der einzelnen Fälle mußten spätere Änderungen der Entscheidungen aufgrund § 1696 unberücksichtigt bleiben, da sonst die Darstellung des Entscheidungsmaterials zu unübersichtlich geworden wäre. Maßgebend waren daher die Umstände, wie sie zur Zeit der ersten Entscheidung vorlagen. Dagegen wurde der einzelne Fall, soweit die Entscheidung mit der Beschwerde angegriffen wurde, weiter verfolgt, um festzustellen, ob das Landgericht, das

120) Es handelt sich dabei um folgende Amtsgerichte: Offenburg, Lahr, Kehl, Oberkirch, Gengenbach und Wolfach

121) Im einzelnen: AG Offenburg (OG) 260; AG Kehl (K) 125;

AG Wolfach (Wo) 81; AG Gengenbach (Gb) 57; AG Oberkirch (Ob) 33

122) AG Ettenheim (Ett) 27 Verfahren; soweit es im folgenden um die geschlossene Darstellung des Landgerichtsbezirks Offenburg geht, wird die Untersuchung des Amtsgerichtsbezirks Ettenheim ausgeklammert

zu einer völlig selbständigen Beurteilung ermächtigt ist, von der Entscheidung des Vormundschaftsgerichts zum "Wohl des Kindes" abwich oder nicht.

Um eine sinnvolle Analyse der Entscheidungen zu ermöglichen, wurde jedes Judiz wenn möglich auf den tragenden Entscheidungsgesichtspunkt hin untersucht und darunter registriert. Dabei mußten diese Gesichtspunkte sehr weit oder abstrakt gefaßt werden, da die Fallgestaltungen ständig wechselten. Nur so war es auch möglich, Bewertungsgrundsätze oder -tendenzen aus dem Entscheidungsmaterial herauszuarbeiten. Soweit ein sonst tragender Entscheidungsgrund in einem Fall nur eine untergeordnete Rolle spielte, wurde er dennoch durch Verweisung registriert. Dadurch sollte eine sich möglicherweise abzeichnende Wertungstendenz in den Fällen, in denen dieser Gesichtspunkt hauptsächlicher Entscheidungsgrund war, weiter überprüft werden können.

Eine solche Zergliederung der Fälle war jedoch nur in den Fällen möglich, die streitig durchgeführt und verhandelt wurden, da hier die Eltern meist mehrere Umstände vortrugen, die die Entscheidung beeinflussen sollten. Die Fälle - und diese waren bei weitem in der Mehrzahl -, die durch Vereinbarung der Eltern gelöst wurden oder in denen nur geringfügiger oder vordergründiger Streit der Eltern herrschte und bei denen eine differenzierte Untersuchung der Entscheidung wegen der Kürze der Begründung nicht vorgenommen werden konnte, wurden nur statistisch erfaßt. Alle aus den Akten ersichtlichen Umstände, die den Fall umgaben und die oft nur den Berichten der Jugendämter und nicht den Entscheidungsgründen entnommen werden konnten - wie Alter und Beruf der Eltern, Alter der Kinder, Verschulden bei der Scheidung, Unterstützung durch Dritte, Wohnverhältnisse u. dgl. -, wurden registriert. Die Auswertung des auf diese Weise gesammelten Materials ließ im Zusammenhang mit der Analyse der streitigen Verfahren eine weitere Klärung des Begriffs "Wohl des Kindes", wie er von den Vormundschaftsgerichten verstanden und angewandt wird, erhoffen.

II. Teil

=====

A) Faktoren, die in der Praxis die Entscheidung über das "Wohl des Kindes" bestimmen und beeinflussen

1. Eignung der Eltern zur Erziehung

1.1 Allgemeine Bewertung - Vorrang vor anderen Faktoren

Wie bereits aufgezeigt, kommt die Auslegung des Begriffs "Kindeswohl" zum Ergebnis, daß der Schwerpunkt der richterlichen Betrachtung und Prüfung auf der Eignung der Eltern zur Erziehung liegen sollte 123).

Bei der Auswertung des Entscheidungsmaterials auf die Frage, wie die Vormundschaftsgerichte diesen Faktor bewerten, d. h. welches Gewicht sie ihm bei der Beurteilung des "Kindeswohls" in ihren Entscheidungen beilegten, war ein Ergebnis nicht ohne weiteres zu gewinnen. Der Grund lag darin, daß die Vormundschaftsgerichte in einer Reihe von Entscheidungen die Erziehungseignung der Eltern zwar ansprachen, aber nicht zu erkennen war, welchen genauen Stellenwert sie ihr einräumten. In den Entscheidungsgründen kam das so zum Ausdruck, daß die Erziehungseignung der Eltern neben den anderen Faktoren ohne besondere Hervorhebung in die Entscheidungsüberlegungen einbezogen wurde. Zwei Beispiele sollen dies verdeutlichen:

In dem einen Fall 124) hatte ein Vormundschaftsgericht zu entscheiden, wem von den beiden getrennt lebenden Elternteilen die elterliche Gewalt über das 6 1/2-jährige Mädchen zugesprochen werden sollte. Die Eltern lebten seit einem gemeinsam erlittenen Verkehrsunfall getrennt, der bei der Mutter zu einer halbseitigen Lähmung und zu längeren Krankenhausaufenthalten geführt hatte. Der Zustand der Mutter hatte sich im Laufe der Zeit wieder etwas gebessert, ohne daß sie allerdings in der Lage war, das Kind in tatsächlicher Hinsicht ausreichend zu versorgen.

In seiner Entscheidung, die zu einer Übertragung der elterlichen Gewalt auf die Mutter führte, stellte das Vormundschaftsgericht

123) Vgl. S. 15

124) AG L X 338/63

zunächst fest, daß der Vater tagsüber berufstätig sei und das Kind daher von seiner 55 Jahre alten Mutter, bei der es ordentlich untergebracht sei, betreut werden müsse. Die sich anschließenden Ausführungen betrafen die Unterbringung des Kindes bei der Mutter, die im Hause ihrer Schwester wohnte und von dieser wie auch von ihrer in der Nachbarschaft wohnenden Mutter Hilfe bei der Pflege des Kindes erwarten konnte. Erst danach schnitt das Vormundschaftsgericht die Frage der Erziehungsfähigkeit an und führte dabei aus: "Unbegründet sind die Befürchtungen des Vaters, die Entwicklung des Kindes sei dadurch gefährdet, daß es in die "Atmosphäre einer schwerkranken Frau" kommt. Sicherlich ist die Mutter außerstande, für das Kind selbst zu sorgen. Es kann aber keine Rede davon sein, daß sie, wie der Vater meint, geistig nicht in der Lage ist, das Kind zu erziehen". Das Vormundschaftsgericht schloß dann seine Entscheidungsbegründung mit dem Hinweis, daß die Mutter des Vaters gegen die Mutter des Kindes eingestellt sei, was nicht zum Vorteil für die Entwicklung des Kindes wäre, wenn ihr dessen Erziehung in der Hauptsache überlassen bliebe. Über die Erziehungsfähigkeit des Vaters verlor es kein Wort. Zu einer Feststellung sah es sich wohl deshalb nicht veranlaßt, weil der Vater infolge seiner Berufstätigkeit ohnehin nicht die Zeit gehabt hätte, einen größeren erzieherischen Einfluß auf das Kind auszuüben.

Die Tatsache, daß das Vormundschaftsgericht der Mutter trotz ihrer körperlichen Behinderung die elterliche Gewalt übertrug, sowie die einschränkende Anmerkung zur Erziehungseignung der Mutter des Vaters könnten den Schluß rechtfertigen, daß die Erziehungsfähigkeit die Entscheidung des Gerichts wesentlich mit beeinflußt hat. Dennoch ließe sich damit noch keine sichere Aussage über den genauen Stellenwert der Erziehungseignung der Eltern bei der Bewertung des "Kindeswohls" verbinden. Noch deutlicher wird dies in dem zweiten Beispielsfall: Hier übertrug das Vormundschaftsgericht unter Berücksichtigung der Alleinschuld der Mutter (27 Jahre) an der Scheidung die elterliche Gewalt über den 8-jährigen Jungen auf den Vater (30 Jahre). Der Vater hatte das Kind zunächst bei seinen Eltern untergebracht und beabsichtigte, es in seinen Haushalt aufzunehmen, nachdem er wieder geheiratet hatte. Die Mutter, die noch berufstätig

war, wollte bald auch wieder heiraten und beabsichtigte, dann mit der Arbeit aufzuhören.

Das Vormundschaftsgericht sah das "Wohl des Kindes" am besten beim Vater und dessen Eltern gewahrt. Das Kind sei nach dem durch die Scheidung ausgelösten Hin und Her zur Ruhe gekommen, was auch die erfreulichen Fortschritte in der Schule bestätigten. Auch wenn es in den Haushalt des Vaters komme, wäre es durch die Stiefmutter, die dann aufhören werde zu arbeiten, gut versorgt. Offenbar auf die Erziehungseignung von Vater und Stiefmutter abzielend meinte es dann: "Das jetzt 8-jährige Kind wird dort voraussichtlich alles vorfinden, was es zu seiner seelischen und geistigen Entwicklung braucht" 125).

Obwohl demnach aus einer Reihe von Entscheidungen keine eindeutige Aussage über die Bewertung der elterlichen Erziehungsfähigkeit durch die Vormundschaftsgerichte zu gewinnen war, ließ sich dennoch am Ende ein genauer Stellenwert für diesen Faktor ermitteln. Einige Entscheidungen ließen nämlich auf eine grundsätzliche Bewertungsrichtung schließen. Danach räumen die Vormundschaftsgerichte der Erziehungseignung der Eltern als Bewertungsfaktor für das "Wohl des Kindes" Vorrang vor anderen Faktoren ein. Sie sehen dementsprechend das "Wohl des Kindes" in erster Linie gewahrt, wenn das Kind dem Elternteil zugeteilt wird, der die Gewähr für die bessere Erziehung bietet.

In drei vormundschaftsgerichtlichen Entscheidungen wurde die Bewertung im Wege theoretischer Vorüberlegungen ausdrücklich hervorgehoben. So führte ein Vormundschaftsgericht in seiner Entscheidungsbegründung aus: "Bei der Beurteilung des "Kindeswohls" ist vor allem die Fähigkeit des Elternteils von Bedeutung, das Kind richtig zu erziehen und es seelisch und geistig richtig zu leiten. Zu beobachten sind ferner Alter, Geschlecht, körperliche Konstitution und Gesundheit sowohl des Kindes als auch des Elternteils. Hierbei ist es notwendig, die dem Wohl des Kindes entsprechenden Möglichkeiten nach psychologischen, sozialen und pädagogischen Erkenntnissen zu beurteilen" 126). Ein anderes Vormundschaftsgericht stellte in einem Fall ebenfalls fest, daß bei der "Berücksichtigung der

125) AG K X 88/69

126) AG OG X 394/68

gesamten Verhältnisse" insbesondere auf die Fähigkeit der Eltern abzustellen sei, "das Kind richtig zu erziehen und es seelisch und geistig richtig zu leiten" 127). Aus einer anderen Entscheidung desselben Gerichts ist festzuhalten: "Zum Kindeswohl gehören nicht nur Umstände des körperlichen Wohls, sondern auch das psychische Wohlergehen. - Die Prognose, die für ein weiteres Verbleiben des Kindes bei seinem Vater zu stellen ist, führt zu dem Ergebnis, daß in erster Linie erhebliche Bedenken bezüglich des psychischen Wohlergehens bestehen" 128).

Einigen anderen Entscheidungen konnte die Tatsache, daß der elterlichen Erziehungseignung Vorrang eingeräumt wird, ebenfalls entnommen werden, wenn auch nur aufgrund des Zusammenhangs der Entscheidungsgründe. So setzte sich ein Vormundschaftsgericht in seiner Entscheidung vornehmlich mit der Erziehungseignung beider Elternteile auseinander und kam zu dem Ergebnis, daß die Mutter für die Erziehung der Kinder am geeignetsten sei. Erst in Ergänzung dazu stellte es dann fest, daß die Mutter für die Erziehung auch die notwendigen äußeren Voraussetzungen bieten könne 129). Ein anderes Vormundschaftsgericht befaßte sich in einem Fall, in dem eine allein schuldig geschiedene Mutter die Übertragung der elterlichen Gewalt begehrte, ebenfalls eingehend mit der elterlichen Erziehungsfähigkeit und kam zu dem Ergebnis: "Die Mutter erweist sich auch von ihrer Persönlichkeit und inneren Einstellung zu U. eher als geeignet, diesem in jeder Hinsicht eine gute Erziehung zu geben. Dies hat sie auch in den vergangenen Jahren gezeigt" 130). Bei einem weiteren Vormundschaftsgericht war zu lesen, daß es den Vater (3o, Vertreter), der die Übertragung der elterlichen Gewalt nur über den Sohn (6) begehrte, für keine Erziehungspersönlichkeit hielt, nachdem er verschiedene Straftaten begangen hatte und überhaupt einen leichtsinnigen Lebenswandel führte. Das Vormundschaftsgericht meinte, auch dieses der 3 Kinder brauche eine gleichmäßige und stete Führung, die ihm offensichtlich nur die Mutter (3o, Hausfrau) bieten könne. Daß die Mutter für die Erziehung ungeeignet sei, habe nicht festgestellt werden können. Die schulischen Leistungen der Töchter (12, 8) sprächen im Gegenteil dafür, daß die Mutter

127) AG Ob X 64/67; vgl. auch AG Ett X 97/68

128) AG Ob X 72/70

129) AG Gb X 89/69

130) AG K X 164/70

in der Lage sei, den Kindern ein harmonisches Familienleben, soweit dies bei einer unvollständigen Familie möglich sei, und eine gute Erziehung zu gewährleisten¹³¹⁾. In gleicher Weise stand die Eignung der Eltern zur Erziehung auch in anderen Verfahren im Mittelpunkt der gerichtlichen Überlegungen, vor allem dann, wenn einer der Elternteile dem anderen vorgeworfen hatte, zur Erziehung nicht geeignet zu sein¹³²⁾.

1.2 Die Mutter als bessere Erzieherin

Ohne Ausnahme gingen die Vormundschaftsgerichte davon aus, daß die Mütter in der Regel besser zur Erziehung der Kinder geeignet sind als die Väter. Dies wurde vor allen Dingen in den Fällen angenommen, in denen die elterliche Gewalt über Kleinkinder zu übertragen war. Die Vormundschaftsgerichte begründeten ihre Ansicht damit, daß die Kinder bei der Mutter in aller Regel besser aufgehoben seien und besser versorgt, gepflegt und erzogen würden. Dies werde durch die Erfahrung auch immer wieder bestätigt. Vor allem stehe die Mutter der Gefühls- und Empfindungswelt des Kindes in jungen Jahren näher als der Vater¹³³⁾.

Ein Vormundschaftsgericht stellte z.B. wörtlich fest: "Es steht außer Zweifel, daß kleine und in der Entwicklung begriffene Kinder (1-9 Jahre) durch das besondere Vertrauensverhältnis zu ihrer Mutter und die Liebe, die nur sie ihnen entgegenbringen kann, am nachhaltigsten positiv erzogen werden"¹³⁴⁾. Bei einem anderen Vormundschaftsgericht war in den Entscheidungsgründen zu lesen: "Es fiel hierbei vor allem ins Gewicht, daß die Mutter gerade die erste Bezugsperson der Kinder ist und später den Mittelpunkt seiner speziellen Welt abgibt. Sie vermag in der Regel dem Kind auch ein gleichmäßiges Gefühl der Geborgenheit und Harmonie zu geben, die das Kind zu seiner Persönlichkeitsentwicklung benötigt"¹³⁵⁾.

131) AG K X 55/69

132) AG L X 223/68; X 136/68; AG Wo X 90/68

133) Vgl. z.B. AG L: X 392/61; X 186/68; X 359/62; X 7/69; X 262/63;
AG OG: X 45/68; X 72/69; X 394/68; X 23/67; X 45/68;
AG Gb: X 113/70; X 89/69; AG Ob X 64/67

134) AG Ob X 64/67

135) AG OG X 394/68

Ob die Mutter von den Vormundschaftsgerichten auch dann als bessere Erzieherin angesehen wird, wenn die Zuteilung der elterlichen Gewalt von älteren Kindern zu entscheiden ist, konnte nicht festgestellt werden. Dies lag einmal an der begrenzten Zahl der untersuchten Verfahren. Ein wesentlicher Grund war aber auch darin zu sehen, daß es zwischen den Eltern zu einem Sorgerechtsstreit in der weit überwiegenden Zahl der Fälle nur dann kam, wenn die Kinder noch sehr jung und klein waren ¹³⁶⁾. Aus den lediglich drei streitigen Verfahren, in denen sämtliche Kinder älter als 11 Jahre waren (11-18), ließ sich eine allgemeine Aussage nicht gewinnen. Allerdings waren auch hier die Mütter diejenigen, die sich immer der Sorge um die Kinder angenommen hatten und deshalb schließlich auch die elterliche Gewalt übertragen erhielten ¹³⁷⁾.

Die allgemein bessere Erziehungseignung der Mütter war aber nicht in allen Fällen unangefochten ¹³⁸⁾. Dies war insbesondere dann der Fall, wenn sie allein schuldig geschieden worden waren.

1.3 Scheidungsschuldspruch und Erziehungseignung

Welchen Einfluß die Vormundschaftsgerichte bei der Beurteilung der elterlichen Erziehungseignung dem Umstand bisweilen zumaßen, daß ein Elternteil allein schuldig geschieden war, zeigte sich besonders deutlich in drei Verfahren. Bezeichnend hierbei war, daß jeweils über die Erziehungseignung einer allein schuldig geschiedenen Mutter entschieden werden mußte.

In dem einen Fall begründete die 24jährige Mutter ihren Antrag auf Übertragung der elterlichen Gewalt damit, daß sie und die beiden Kinder (5 und 3) sehr sensibel seien. Sie könne daher die beiden Kinder besser verstehen und erziehen. Das Vormundschaftsgericht führte aus, nach der Stellungnahme des Kreisjugendamtes und der Darlegung der Mutter würden die Kinder bei der Mutter ebenso gut aufwachsen wie beim Vater, keinesfalls aber erheblich besser. Allein die Tatsache, daß das Mutter-Kind-Verhältnis für das Kind entscheidender sei als sein Verhältnis zum Vater, ändere nichts daran.

136) Vgl. die Ausführungen S. 132

137) AG L X 326/68; AG Ob X 99/68; AG OG X 244/66

138) Vgl. die Fälle unter "Sittliches Verhalten der Eltern", Fn. 311-313 und die Vormundschaftsfälle, S. 118 f

Dieses Argument könne schon deshalb nicht durchschlagen, weil es allgemeine Gültigkeit beanspruche. Folglich wäre § 1671 Abs. 3 Satz 2 immer dann überflüssig, wenn die Kindesmutter für allein an der Scheidung schuldig befunden würde. Diese Auslegung lasse die Vorschrift jedoch nicht zu ¹³⁹⁾.

In ähnlicher Weise wurde eine junge Mutter in dem zweiten Fall beschrieben. Sie hatte dargelegt, daß sie nicht mehr berufstätig sei und aus natürlichen Gründen der Gefühls- und Empfindungswelt eines 3-4jährigen Kindes näher stehe. Das Vormundschaftsgericht wies die Mutter darauf hin, daß dies nicht ausreiche, um das Vorrecht des schuldlos geschiedenen Vaters auszuräumen ¹⁴⁰⁾. Das Landgericht vertiefte auf die Beschwerde der Mutter hin die Argumentation des Vormundschaftsgerichts. Falls man die Auffassung der Mutter teile, liefe das darauf hinaus, daß schuldlos geschiedenen berufstätigen Vätern selten die elterliche Gewalt übertragen werden könne. Diese Regelung könne jedoch § 1671 Abs. 3 Satz 2 nicht entnommen werden. Sie müsse zu einer dauernden Benachteiligung der Väter führen ¹⁴¹⁾.

Auch in dem dritten Verfahren hatte die inzwischen wieder verheiratete Mutter (26) darauf hingewiesen, daß das Wohl des Kindes (Junge 4) bei ihr besser gewahrt sei. Man müsse Verständnis dafür aufbringen, daß ein Kind in dem Alter ihres Sohnes der Sorge der Mutter bedürfe. Das Argument der Mutter wertete das Vormundschaftsgericht nicht als schwerwiegenden Grund gem. § 1671 Abs. 3 Satz 2, um ihr die elterliche Gewalt übertragen zu können. Es führte dann weiter aus: "Es wird nicht verkannt, daß ein Kind in diesem Alter im Hinblick auf seine tägliche Pflege bei der Mutter eine oft bessere Betreuung erfährt als dies bei dem Vater der Fall sein kann. Darauf weist die Mutter nicht zu Unrecht hin und der Vater bestreitet dies nicht. Es wird auch nicht übersehen, daß die Unterbringung des Kindes bei der Mutter gut ist; sie bewohnt eine gut eingerichtete und gepflegte 4-Zimmer-Wohnung und das Kind ist bei ihr und seinen Großeltern Mittelpunkt und wird, wie der Bericht des Stadtjugendamtes ergibt, mit viel Liebe erzogen. Diese anzuerkennenden Gesichtspunkte reichen jedoch nicht aus, um ihnen ein ganz erheb-

139) AG OG X 459/68

140) AG OG X 9/67

141) LG OG in Akte AG OG X 9/67

liches Übergewicht gegenüber einer Zuteilung der elterlichen Gewalt auf den Vater zu geben. Auch in seinem und seiner Eltern Haushalt ist eine gute Versorgung des Kindes gewährleistet. Wie der Bericht des Jugendamtes ergibt, ist die Großmutter noch recht rüstig und sie hängt sehr an dem Enkelkind; auch die beiden Schwestern des Vaters werden sich der Pflege des Kindes annehmen" 142).

Die drei Beispielsfälle zeigen, daß die Vormundschaftsgerichte nicht überprüfen, ob überhaupt und gegebenenfalls welchen Einfluß die Scheidungsschuld auf die Erziehungseignung des allein schuldig geschiedenen Elternteils gehabt hat. Aufgrund von § 1671 Abs. 3 Satz 2 und der hierzu vorgenommenen Auslegung der "schwerwiegenden Gründe" hoben sie vielmehr darauf ab, ob das "Wohl des Kindes" bei diesem Elternteil erheblich besser gewahrt ist 143). Damit sahen die Vormundschaftsgerichte den Einfluß des Scheidungsschuldspruchs darin, gemessen an der Erziehungseignung des schuldlos geschiedenen Elternteils, höhere Anforderungen an den allein schuldig geschiedenen Elternteil zu stellen. Weist er "nur" in etwa eine gleich gute Erziehungseignung auf, hat er im Normalfall, d. h. wenn er auch bei anderen Beurteilungsfaktoren nichts "erheblich Besseres" zu bieten vermag, keine Aussicht, die elterliche Gewalt übertragen zu erhalten 144).

Wie hoch allerdings die Anforderungen letztlich veranschlagt werden, darüber geben die Entscheidungen der Vormundschaftsgerichte keinen eindeutigen Aufschluß. Zwei der drei Beispielsfälle lassen den Schluß zu, daß dem allein schuldig geschiedenen Elternteil die elterliche Gewalt nur dann übertragen werden soll, wenn er auch eine erheblich bessere Erziehungseignung aufweist. Anders sind die beiden Entscheidungen nicht zu verstehen, weil die Vormundschaftsgerichte hier bereits bessere Erziehungsvoraussetzungen bei den allein schuldig geschiedenen Müttern anerkannt hatten. Dieser Schluß würde auch der mit der Auslegung der "schwerwiegenden Gründe" verbundenen Forderung entsprechen, wonach das "Wohl des Kindes" bei dem allein schuldig geschiedenen Elternteil erheblich

142) AG L X 163/64

143) Vgl. zur Auslegung der "schwerwiegenden Gründe", S. 8/9 u. 107/108

144) Vgl. AG OG X 459/68

besser gewahrt sein muß. Aus anderen Entscheidungen läßt sich eine solche Folgerung jedoch nicht ziehen. Dort heißt es u. a. auch: "erheblich Besseres hat die Mutter auch nicht zu bieten" oder: "das Kind ist bei der Mutter wesentlich besser aufgehoben". Dennoch kann daraus nicht sicher geschlossen werden, ob damit auch auf eine erheblich bessere Erziehungseignung abgestellt wurde. Ebenso kann sich diese Formulierung auch nur auf die Gesamtbeurteilung beziehen, wobei die Erziehungseignung dann nicht notwendig erheblich besser gewesen sein muß.

Lassen die Entscheidungen der Vormundschaftsgerichte damit nicht erkennen, ob sie bei dem allein schuldig geschiedenen Elternteil stets eine erheblich bessere Erziehungseignung voraussetzen, kann ihnen gleichwohl eine einheitliche Beurteilung insofern entnommen werden, als dem allein schuldig geschiedenen Elternteil die elterliche Gewalt im Normalfall nur dann übertragen wird, wenn bei ihm mindestens eine bessere Erziehungsaussicht für die Kinder gegeben war.

Zu dieser Beurteilung stand aber die Auffassung eines der Vormundschaftsgerichte im Widerspruch ¹⁴⁵⁾. Im Anschluß an Schwoerer ¹⁴⁶⁾ hob es darauf ab, § 1671 Abs. 3 Satz 2 sei lediglich ein - "im Falle der Alleinschuld eines Ehegatten allerdings besonders schwerwiegendes" - Indiz dafür, daß derjenige, der die Scheidung allein verschuldet habe, auch weniger geeignet sei, das Kind zu erziehen. Hiermit korrespondiere dann die gleichzeitige Vermutung der besseren Erziehungseignung des anderen Elternteils. Damit sah dieses Vormundschaftsgericht den Einfluß der Scheidungsschuld in einer möglichen, negativen Veränderung der Erziehungseignung des allein schuldig geschiedenen Elternteils. Bestätigte sich dieser Einfluß nicht, war die Indizwirkung der Scheidungsschuld beseitigt, und dem allein schuldig geschiedenen Elternteil wurde die elterliche Gewalt im Normalfall auch dann übertragen, wenn er keine bessere Erziehungseignung aufwies.

Auch ein anderes Vormundschaftsgericht kann zumindest mit einem Urteil nicht in die dargestellte Beurteilungslinie eingereiht werden. In dem zu entscheidenden Fall hatte sich der Vater immer wieder auf das Fehlverhalten (Verlassen der Familie) der allein schuldig geschiedenen Mutter berufen und hieraus auf die Unfähigkeit der Mutter zur Erziehung geschlossen. Das Vormundschaftsgericht

145) AG Ett X 97/68

146) Schwoerer, FamRZ 1958, 438 ff

setzte sich, offenbar unter dem Eindruck eines für die Kinder unerträglichen Streites zwischen den Eltern, über die gesetzliche Regelung hinweg. Es erklärte, in der Rechtsprechung habe sich mehr und mehr durchgesetzt, die Regelung des § 1671 Abs. 3 Satz 2 nicht starr anzuwenden, denn es gehe nicht darum, den Schuldspruch, der häufig nicht den Tatsachen entspreche, sich auf die Kinder auswirken zu lassen. Der Schuldspruch eines Scheidungsurteils dürfe für das künftige Wohl der Kinder nicht entscheidend sein. Wenn es das Wohl der Kinder gebiete, müsse auch von einer starren Gesetzesanwendung abgewichen werden. Abschließend stellte es dann fest: "Wenn die Eltern nicht mehr wissen, wie sie ihr verpfushtes Eheleben bereinigen sollen, besagen diesbezügliche Reaktionen nicht, daß nur ein Elternteil geeignet ist, die Kinder seelisch und geistig richtig zu erziehen" 147). - Mit diesen Feststellungen verneinte das Vormundschaftsgericht eine Indizwirkung des Alleinschuldspruchs auf die Erziehungseignung des allein schuldig geschiedenen Elternteils. Es untersuchte nicht, ob schwerwiegende Gründe für die Übertragung der elterlichen Gewalt auf die Mutter sprachen, sondern stellte darauf ab, ob das von dem Vater angeprangerte Fehlverhalten eine weniger gute Erziehungseignung der Mutter erkennen ließ.

Die ausschließlich am "Wohl des Kindes" orientierten Ausführungen dieses Vormundschaftsgerichts standen allerdings selbst wieder im Widerspruch zu seiner Begründung in einem anderen Verfahren. Dort hatte das Gericht nämlich darauf abgestellt und geprüft, ob schwerwiegende Gründe für die Übertragung der elterlichen Gewalt auf die Mutter vorlagen 148).

Zusammenfassend läßt sich feststellen:

Durch § 1671 Abs. 3 Satz 2, der die Übertragung der elterlichen Gewalt auf den allein schuldig geschiedenen Elternteil nur bei Vorliegen "schwerwiegender Gründe" gestattet, sahen sich fast alle Vormundschaftsgerichte veranlaßt, höhere Anforderungen an die Erziehungseignung des allein schuldig geschiedenen Elternteils zu stellen. Allerdings war nicht klar erkennbar, wie hoch diese Anforderungen letztlich angesiedelt wurden. Der Einfluß der Scheidungsschuld wurde dabei in manchen Entscheidungen sogar als so weitgehend verstanden, daß die elterliche Gewalt dem nicht schuldig

147) AG Wo X 90/68; vgl. auch Fn. 362, 397

148) AG Wo X 22/66

geschiedenen Elternteil auch dann noch übertragen wurde, selbst wenn dem allein schuldig geschiedenen Elternteil bereits eine bessere Erziehungseignung bescheinigt worden war. Mit dem Gedanken, daß aus entwicklungspsychologischer Sicht eine bessere Erziehungsaussicht für das Kind bereits einen schwerwiegenden Grund darstellen kann, setzten die Vormundschaftsgerichte sich nicht auseinander.

Festzuhalten bleibt allerdings auch, daß es, abweichend von der Mehrzahl der Vormundschaftsgerichte, nicht an einzelnen Versuchen gefehlt hat, den Einfluß der Scheidungsschuld auf die Erziehungseignung zu objektivieren. Dennoch kann man sich insgesamt desindrucks nicht erwehren, daß die gesetzliche Regelung des § 1671 Abs. 3 Satz 2 den Vormundschaftsgerichten nicht ungelegt war. Wurden sie doch aufgrund ihrer Auffassung, daß die schwerwiegenden Gründe gem. § 1671 Abs. 3 Satz 2 mindestens eine bessere Erziehungseignung des allein schuldig geschiedenen Elternteils verlangten, in die Lage versetzt, Schwierigkeiten, die sich bei der Ermittlung der Erziehungseignung ergaben, besser zu bewältigen. Das Nichtvorliegen einer besseren Erziehungseignung läßt sich nämlich leichter feststellen als umgekehrt.

1.4 Schwierigkeiten bei der Ermittlung der Erziehungseignung

Ließ sich noch feststellen, daß die Vormundschaftsgerichte in ihren theoretischen Vorüberlegungen bei der Sorgerechtsentscheidung vor allem auf die elterliche Erziehungsfähigkeit abstellten, so ergab sich hingegen aus den Vormundschaftsakten kein klares Bild, wie die Vormundschaftsgerichte die Erziehungsfähigkeit der Eltern tatsächlich erforschen. Dies gilt insbesondere für den Inhalt ihrer Ermittlungstätigkeit¹⁴⁹⁾. So war aus den Akten keine sichere Aussage darüber zu gewinnen, ob die Vormundschaftsrichter in allen oder doch zumeist in den streitig durchgeführten Fällen ausdauernde Versuche unternahmen, z. B. persönliche Einstellungen oder Befähigungen der Eltern zur Erziehung zu ermitteln oder durch psychologisch einfühlsame und geschickte Fragestellungen nicht nur oberflächliche Erkenntnisse über die konkrete Eltern-Kind-Beziehung zu gewinnen. Der Grund hierfür ist darin zu suchen, daß die Protokolle

¹⁴⁹⁾ Vgl. zum äußeren Ablauf der Ermittlungstätigkeit, S. 121 ff

- soweit solche überhaupt vorhanden waren - über die Anhörung der Eltern lediglich deren Aussage wiedergaben. Sichere Rückschlüsse auf die Formulierung der vorangegangenen Fragen der Vormundschaftsrichter waren deshalb nicht möglich. Dennoch lassen die Aussagen der Eltern insgesamt gesehen zumindest eher vermuten, daß die Vormundschaftsrichter meistens keine tiefgreifende Analyse der Erziehungseignung der Elternteile anstellten, sondern sich den entsprechenden Feststellungen in den Berichten der Jugendämter angeschlossen oder sich auf den persönlichen Eindruck verließen, den sie von den Eltern bei der Anhörung gewonnen hatten 150). Die Aussagen befassen sich nämlich fast ausschließlich mit Fragen der Unterbringung, Pflege und Betreuung der Kinder, vor allem auch in den Fällen, in denen beide Elternteile berufstätig waren. Ausführungen über allgemeine oder besondere Erziehungsprobleme, zu denen entsprechende vormundschaftsgerichtliche Fragen gezwungen hätten, kamen darin so gut wie überhaupt nicht vor 151).

Die vorstehenden Feststellungen zeigen bereits, daß die Vormundschaftsgerichte Schwierigkeiten hatten, sich mit der Erziehungseignung der Eltern auseinanderzusetzen und insbesondere im konkreten Fall die bessere Erziehungseignung eines Elternteils zu ermitteln. Diese Schwierigkeiten werden auch offenbar aus den häufig in den Entscheidungsgründen anzutreffenden Formulierungen, in denen es heißt: "Der Elternteil ist in der Lage, das Kind zu betreuen und zu versorgen"; "Das Kind ist bei dem Elternteil gut untergebracht und aufgehoben" 152). Obwohl diese offenbar eingebürgerten Redewendungen, die vordergründig nur äußere Umstände beschreiben, auch eine Aussage über die Erziehungsfähigkeit des Elternteils enthalten mögen und dies wohl auch sollen, besteht der Verdacht, als begnüge man sich in vielen Fällen nur mit der Feststellung ausreichender äußerer Verhältnisse.

Neben diesen dem Aktenmaterial allgemein zu entnehmenden Anhaltspunkten zeigen auch einzelne Fälle, daß die Vormundschaftsgerichte Schwierigkeiten mit der Beurteilung der elterlichen Erziehungsfähigkeit haben. Folgender Beispielsfall mag belegen, daß die Vormundschaftsgerichte sich wegen dieser Schwierigkeiten bisweilen nur

150) Letzteres wurde von den Vormundschaftsrichtern im persönlichen Gespräch bestätigt

151) Vgl. z.B. als Ausnahme den Fall AG Ob X 72/70 (vgl. Fn. 128)

152) Vgl. stellvertretend: AG L X 121/64; X 472/62; X 186/68; AG Wo X 141/65; AG Ett 97/68

von den äußeren Verhältnissen leiten lassen und damit Gefahr laufen, falsche Rückschlüsse auf die Erziehungsfähigkeit eines Elternteils zu ziehen:

Nach einer langen Zeit heftiger Streitigkeiten zwischen den Eheleuten zog die Mutter mit einem der Söhne (9) von F. nach S. in ihr eigenes Haus zurück, im dem der zweite Sohn (11) schon seit langer Zeit bei der Schwester der Mutter lebte. Dort hauste sie in nur einem Zimmer ohne Kochgelegenheit und sanitäre Einrichtung, während ihre Schwester und ihr Schwager das übrige Haus bewohnten. Da sie sich mit ihren Verwandten überwarf, schlossen diese sämtliche Zugänge zu ihren Räumen ab. Die Folge war ein Leben ohne Kochgelegenheit, Wasseranschluß, sanitäre Einrichtung und eine Trennung der beiden Kinder, von denen der jüngere Sohn jetzt unbeaufsichtigt blieb, weil die Mutter ganztags arbeiten gehen mußte. Der Vater indessen besaß genügend Wohnraum und hatte eine Haushälterin angestellt, die für die Kinder sorgen konnte. - Offensichtlich unter dem Eindruck der schlechten äußeren Verhältnisse erschien dem Vormundschaftsgericht die Mutter, die sich wegen ihrer zerrütteten Ehe und der Feindschaft zu ihren Verwandten in einem seelischen Verzweiflungszustand befand, geistig nicht normal, zu labil und deshalb wenig geeignet, die elterliche Gewalt auszuüben. Es hielt deshalb die Übertragung des Sorgerechts auf den Vater für selbstverständlich, denn es ersparte sich hierzu weitere Ausführungen. Dagegen vermochte die Kammer des Landgerichts nach weiterer Ermittlungstätigkeit der Auffassung des Vormundschaftsgerichts nicht zu folgen. Es hielt die Mutter für durchaus in der Lage, ihre Söhne zu erziehen. Wenn sie auch in geistiger Hinsicht eine einfach veranlagte Frau sei, reichten ihre geistigen Kräfte aus, um ihre Kinder persönlich zu betreuen und geordnet zu erziehen. Sie sei warmherzig und habe viel Familiensinn, was sich daraus ergebe, daß sie im Interesse der Kinder bereit gewesen wäre, zu ihrem Mann zurückzukehren, obwohl dieser sie mehrmals geschlagen habe. Demgegenüber verbürge die Persönlichkeit des Vaters nicht im gleichen Umfang die Sorge für das Wohl der Kinder. Er neige zu unbeherrschten Handlungen, was sich auch aus dem Umstand ergebe, daß er seine Frau geschlagen habe. Zudem sei er erst bereit gewesen, Unterhalt für die Kinder zu zahlen, nachdem er dazu verurteilt worden sei 153).

Wie schwierig es für ein Vormundschaftsgericht sein kann, die bessere Erziehungseignung eines Elternteils festzustellen, zeigt folgender Fall, der wegen seiner exemplarischen Deutlichkeit und wegen seiner verbissenen Härte, mit der er von beiden Elternteilen bestritten wurde, ausführlicher dargestellt wird ¹⁵⁴⁾:

Nach über vierjähriger Ehe trennte sich die 24-jährige Ehefrau F., die während ihrer Ehe als Goldschmiedin tätig war, von ihrem 36-jährigen Ehemann, einem kaufmännischen Angestellten. Aus der Ehe waren ein Mädchen und ein Junge hervorgegangen. Zum Zeitpunkt der Trennung war das Mädchen 4 1/2, der Junge 2 1/2 Jahre alt. Beide Elternteile beanspruchten die elterliche Gewalt über die Kinder.

Der Vater begründete seinen Antrag damit, daß die Mutter an der Trennung schuld sei. Sie sei wegen eines nichtigen Anlasses aus dem ehelichen Schlafzimmer ausgezogen und dann auch nicht, wie ursprünglich geplant, mit in die neue Wohnung im Hause seiner Eltern gezogen. Sie habe auch den Haushalt nur nachlässig und widerwillig geführt, seine Kleidung kaum in Ordnung gehalten und ihn öfters beschimpft. Zur Erziehung der Kinder sei sie daher nicht geeignet. Außerdem fehle es ihr an einer echten Mutterbeziehung zu dem Jungen, weil es sich bei ihm um ein unerwünschtes Kind gehandelt habe, das zudem im Gegensatz zur Tochter in seiner Entwicklung etwas zurückgeblieben sei. Darüber hinaus sei sie auch aus beruflichen Gründen nicht in der Lage, die Kinder tagsüber zu betreuen, sondern müsse dafür fremde Leute in Anspruch nehmen.

Die Mutter beanspruchte die elterliche Gewalt mit folgender Begründung: Sie bestreite nicht, daß ihre Ehe zerrüttet sei, schuld daran sei jedoch ihr Ehemann. Er habe es während der Ehejahre durch seine ständig übertriebene Kleinlichkeit immer wieder zu Spannungen zwischen ihnen kommen lassen. So habe er von ihr eine tägliche Abrechnung über die Haushaltsausgaben verlangt. Als er ihr nach längerem Drängen schließlich ein Taschengeld gewährt habe, habe er sie eine von ihm abgefaßte schriftliche Vereinbarung unterschreiben lassen. Diese überspitzte Kleinlichkeit habe sich auch nach der Trennung wieder gezeigt, als er ihr bei der Ausübung des Verkehrsrechts die Kinder nur gegen Empfangsquittung habe herausgeben wollen. Zur Erziehung der beiden Kinder sei er im übrigen auch nicht geeignet.

154) AG L X 223/68

Dies ergebe sich schon daraus, daß er ein gutes und aussichtsreiches Arbeitsverhältnis gekündigt habe, um sich besser den Kindern widmen zu können. Jetzt arbeite er nur noch halbtags und verrichte daneben Heimarbeit. Es sei auch nicht zum Wohle der Kinder, wenn diese von ihrem Vater erzogen würden. Die Kinder bedürften in diesem Alter der mütterlichen Fürsorge und Wärme. Diese könne ihnen der Vater mit seiner allzu nüchternen, kleinlichen und rechthaberischen Einstellung zum Leben nicht bieten. Hinzu komme noch, daß ihr Ehemann die Kinder überwiegend von seiner betagten Mutter und seinem alten Onkel versorgen lassen wolle.

Nach Anhörung der Eltern und der Zeugen, unter ihnen die Mutter und der Onkel des Vaters, die vor allem die Unordentlichkeit der Mutter bestätigen sollten, sprach das Vormundschaftsgericht Lahr die Kinder gem. § 1671 Abs. 1 der Mutter zu. Es war der Meinung, kein Elternteil habe ein Vorrecht auf Zuteilung der Kinder, da weder der Vater noch die Mutter allein schuld an der Trennung sei. Es fuhr fort: "Die Ehe ging von Anfang an nicht sehr gut. Dies dürfte in der Hauptsache am Alters- und insbesondere am Temperamentsunterschied der Eheleute gelegen haben. Der Vater, von Beruf Bankkaufmann, hat spät geheiratet. Er erscheint als ein sehr nüchterner Mann, der kein Verständnis für das ausgesprochen gefühlsbetonte Temperament seiner Frau hat". Das Vormundschaftsgericht sah dies vor allem durch zwei Vorgänge bestätigt: die vom Vater verlangte schriftliche Taschengeldvereinbarung und die von ihm geforderte Empfangsquittung bei der Ausübung des Verkehrsrechts durch die Mutter.

Es meinte weiter: "Die Mutter der Kinder dagegen ist leicht erregbar und ließ es dabei zu Auseinandersetzungen kommen, in denen sie ihren Ehemann laut beschimpfte. Eine solche Auseinandersetzung war schließlich auch der Anlaß zur Trennung. Auch bei früheren Auseinandersetzungen hat sie ihn beschimpft, wobei er, wie er einräumte, sich auch manchmal zu Schimpfwörtern und schließlich sogar zu einer tätlichen Auseinandersetzung hinreißen ließ. Demnach ist offenbar keiner der beiden Elternteile alleine Schuld an der Trennung". Die Zuteilung der Kinder an die Mutter begründete das Vormundschaftsgericht dann damit, daß sich die Kinder mit 3 und 4 Jahren in einem

Alter befänden, in dem sie allgemein der mütterlichen Sorge mehr bedürften als der des Vaters. Auch für diesen Fall sei nichts anderes ersichtlich. Die vom Vater gerügte Unordentlichkeit der Mutter habe nicht in einem solchen Umfang festgestellt werden können, daß deshalb für die Erziehung der Kinder Nachteile entstehen würden. Die Mutter arbeite ganztätig, so daß sie sich an Werktagen nur in der Mittagspause und am Abend um die Kinder kümmern könne. Solange sich die Kinder aber während der Arbeitszeit der Mutter nicht im Kindergarten aufhielten, nehme sich Frau G., eine - wie ihre Anhörung ergeben habe - sehr mütterliche Frau, der Kinder an.

Die elterliche Gewalt dem Vater zu übertragen, stelle für das Wohl der Kinder keine bessere Lösung dar. Er hänge zweifellos sehr stark an den Kindern und habe ihnen zuliebe sogar eine gute Anstellung aufgegeben, auch ein Angebot, als Kreditsachbearbeiter bei einer Bankfiliale angestellt zu werden, habe er ausgeschlagen, um sich ganz den Kindern widmen zu können. Wörtlich führte das Vormundschaftsgericht dann weiter aus: "Davon abgesehen, daß auch ein ständig anwesender Vater ganz allgemein, und der sich im wesentlichen von Maximen bestimmen lassende Vater im Besonderen, den kleinen Kindern die Mutter nicht ersetzen kann, hat der Vater inzwischen eingesehen, daß er wieder eine Anstellung annehmen muß. Dann aber bleibt, von seiner Freizeit abgesehen, die Betreuung der Kinder doch im wesentlichen seiner alten Mutter überlassen, die auf die Dauer dazu nicht in der Lage sein wird. Der Vater meint zwar, daß er auch jemanden anstellen könne, für den er dann Richtlinien aufstellen könnte; aber auch dies wäre sicherlich keine bessere Lösung für die Kinder".

Zum Vorwurf des Vaters, der Mutter fehle eine echte Beziehung zum Jungen, stellte das Vormundschaftsgericht abschließend fest: Auch es habe den Eindruck gewonnen, daß die Mutter mehr an der Tochter hänge, dieser gehe jedoch nicht so weit, als fehle es der Mutter an Mutterliebe zu ihrem Sohn. Dies ergebe sich auch aus der Korrespondenz der Bevollmächtigten der Eltern. Danach habe sich die Mutter an dem Ehezerwürfnis offenbar nicht ganz unschuldig gefühlt und sei deshalb im Falle der von ihr angestrebten Scheidung bereit gewesen, eine Mitschuld zu übernehmen und dem Vater bezüglich der elterlichen Gewalt soweit entgegenzukommen, daß dieser den Sohn er-

halten solle. Aus dieser Kompromißbereitschaft könne nicht auf fehlende Mutterliebe geschlossen werden.

Gegen diesen Beschluß legte der Vater Beschwerde beim Landgericht Offenburg ein ¹⁵⁵⁾. Dieses hob daraufhin die Entscheidung des Amtsgerichts Lahr auf und übertrug die elterliche Gewalt über die beiden Kinder auf den Vater. Es wies darauf hin, daß das Vormundschaftsgericht auch bei Trennung der Eltern über § 1672 nach § 1671 Abs. 3 Satz 2 durch geeignete Maßnahmen den Alleinschuldigen zu ermitteln habe, um die beantragte Entscheidung fällen zu können. Seiner Meinung nach treffe den Vater an der Trennung kein Verschulden. Die von der Mutter vorgetragenen Gründe stellten keine Eheverfehlungen des Vaters dar und hätten ihr kein Recht gegeben, sich von ihrem Ehemann zu trennen und in der alten Wohnung zurückzubleiben. Ein Vorfall, bei dem auch der Vater sich zu einer ehewidrigen Tätlichkeit habe hinreißen lassen, habe nicht geklärt werden können. Daher habe es nur zu prüfen gehabt, ob nach dem Gesetz schwerwiegende Gründe für die Übertragung der elterlichen Gewalt auf die Mutter bestünden. Dabei sei es zu der Überzeugung gekommen, daß der Vater mindestens ebenso gut zur Erziehung der Kinder geeignet sei und daß das Wohl der Kinder dadurch in keiner Weise beeinträchtigt werde, wenn man ihm die elterliche Gewalt übertrage. Daraus, daß der Vater seine Arbeitsstelle aufgegeben habe, um sich besser um seine Kinder kümmern zu können, ließen sich keine negativen Schlüsse ziehen.

Mit diesem Richterspruch gab sich die Mutter nicht zufrieden und legte weitere Beschwerde beim Oberlandesgericht Karlsruhe ein. Das Oberlandesgericht hob den Beschluß des Landgerichts Offenburg wegen Verletzung des Amtsermittlungsgrundsatzes (§ 12 FGG) auf, weil dieses, ohne weitere eigene Ermittlungen angestellt, insbesondere ohne die Eltern noch einmal gehört zu haben, zu einer anderen Beurteilung der Schuldfrage und damit auch zu einem anderen Ergebnis gekommen sei ¹⁵⁶⁾.

Bei seiner erneuten Entscheidung bestätigte das Landgericht nach weiteren Ermittlungen seinen ersten Beschluß, kam aber dieses Mal, wie vorher das Vormundschaftsgericht, zu der Überzeugung, daß keiner

155) LG Offenburg 3 T 77/68 verbunden zu AG L X 228/68

156) OLG Karlsruhe 5 W 15/69 verbunden zu AG L X 228/68

der Eltern die alleinige Schuld an der Trennung trage. Es entschied dann ausschließlich unter dem Gesichtspunkt "Wohl des Kindes". Im Gegensatz zum Vormundschaftsgericht stützte es die Begründung seiner Entscheidung vornehmlich darauf, daß die Mutter eine geringere Zuneigung zu dem Jungen habe, was verschiedene Vorkommnisse hätten erkennen lassen. Die eindeutige Bevorzugung der Tochter und die deshalb sicherlich vorhandene Mutter-Kind-Beziehung zur Tochter, rechtfertigten es weder, die elterliche Gewalt über beide Kinder noch alleine über die Tochter der Mutter zu übertragen. Eine Trennung der Kinder bei dem geringen Altersunterschied von nur 16 Monaten komme nicht in Betracht. Im übrigen sei auch der Vater durch seine Halbtags- und Heimarbeit mit Hilfe naher Angehöriger in der Lage, sich um die Kinder in der erforderlichen Weise zu kümmern. Eine nochmalige weitere Beschwerde der Mutter gegen diesen zweiten Beschluß hatte keinen Erfolg mehr.

In dem geschilderten Fall waren folgende Kernfragen zu klären: Fehlt es der Mutter an einer echten Beziehung zu dem Jungen und würde sie ihn deshalb bei der Erziehung dem Mädchen gegenüber vernachlässigen; ist umgekehrt für die beiden Kinder und dabei insbesondere für das Mädchen, das offenbar mehr der Mutter zuneigte, bei dem Vater eine bessere oder zumindest gleich gute Erziehung gewährleistet; ist gegebenenfalls sogar eine Trennung der Kinder angezeigt, weil eine Erziehung des Jungen durch den Vater und des Mädchens durch die Mutter insgesamt für beide Kinder vorteilhafter erscheint? Die Antworten hierauf bereiteten dem Vormundschaftsgericht wie auch den anderen Gerichten erhebliche Schwierigkeiten. Sie wurden offensichtlich dadurch überwunden, indem sie sich mit pauschalen Feststellungen zu einer Lösung durchdrangen. Neben der Unsicherheit des Vormundschaftsgerichts, festzustellen, wer der bessere Erzieher für beide Kinder zusammen ist, macht der Fall aber auch deutlich, daß das Vormundschaftsgericht an den Grenzen seiner eigenen Erkenntnismöglichkeiten angelangt war ¹⁵⁷⁾.

Die Schwierigkeiten der Vormundschaftsgerichte bei der Ermittlung der Erziehungsfähigkeit der Eltern festzustellen, heißt aber auf der anderen Seite auch, nicht zu übersehen, daß die Entscheidungsbegründungen, die hier als hauptsächliche Erkenntnisquelle zur

Verfügung standen, nicht immer das vollständige Ermittlungsergebnis widerspiegeln¹⁵⁸⁾. In vielen Fällen wird vom Ergebnis her und deshalb auch zurückhaltender formuliert, um gerade den Eltern teil nicht zu verprellen, der die elterliche Gewalt aus erzieherischen Gründen oder wegen sonstiger persönlicher Mängel nicht erhalten kann. Die ungeschminkte Feststellung charakterlicher oder moralischer Mängel eines Elternteils kann leicht dazu führen, daß dieser dadurch erst recht animiert wird, auf die Zuteilung des Kindes zu pochen. Umgekehrt wird er die ihn "abweisende" Entscheidung eher hinnehmen, wenn sie lediglich damit begründet wird, daß das Kind bei dem anderen Elternteil besser versorgt und aufgehoben sei. Auf der anderen Seite war aber auch festzustellen, daß die Vormundschaftsgerichte sich gerade in den meisten streitigen Verfahren, wenn eine zurückhaltende Begründung nicht mehr in dem Maß am Platz war, auch mit den elterlichen Erziehungsqualitäten auseinandersetzen¹⁵⁹⁾.

2. Vereinbarungen der Eltern

2.1 Allgemeines

Nach § 1671 Abs. 1 bestimmt zwar das Vormundschaftsgericht, welchem Elternteil die elterliche Gewalt über ein gemeinschaftliches Kind zustehen soll. Gemäß § 1671 Abs. 2 soll das Vormundschaftsgericht aber von einem gemeinsamen Vorschlag der Eltern nur abweichen, wenn dies zum "Wohl des Kindes" erforderlich ist¹⁶⁰⁾.

Schwoerer¹⁶¹⁾ nennt folgende Gründe, die dazu geführt haben, einem gemeinsamen Vorschlag der Eltern für die Sorgerechtsregelung nach der Scheidung Bedeutung beizumessen:

- 1.) Das durch Art. 6 GG geschützte Elternrecht ist auch nach Scheidung der Ehe zu berücksichtigen. Ein Eingreifen des Staates in dieses Recht ist auf das Unerläßliche zu beschränken.

158) Dies wurde von den Vormundschaftsrichtern im persönlichen Gespräch auch immer bestätigt

159) Vgl. z. B.: AG L X 136/68; AG OG X 98/68; AG K X 164/70; AG Gb X 89/69; AG Ob X 64/67; AG Ett X 97/68

160) Vgl. die Ausführungen zu der Frage, wann ein Abweichen vom elterlichen Vorschlag für erforderlich gehalten wird, S. 8 u. 54

161) Staudinger-Schwoerer, § 1671, Anm. 2 m.w.N.

- 2.) Es kann davon ausgegangen werden, daß die Eltern trotz der Scheidung eine Regelung anstreben, die das Wohl des Kindes wahrt ¹⁶²⁾.
- 3.) Dem Interesse des Kindes ist genügend Rechnung getragen, wenn der Staat prüft, ob das Wohl des Kindes eine andere als die von den Eltern vorgeschlagene Regelung erfordert. Auch ist diese Prüfung für das Gericht sehr viel leichter als die Beantwortung der Frage, welche Regelung unter Berücksichtigung der gesamten Verhältnisse dem Wohl des Kindes am besten entspricht.

2.2 Anzahl und Bedeutung der Vereinbarungen

Die große Bedeutung, die der Gesetzgeber damit dem gemeinsamen elterlichen Vorschlag im Sorgerechtsverfahren beigemessen hat, wird in der vormundschaftsgerichtlichen Praxis auch - zunächst rein zahlenmäßig - bestätigt:

Gericht	Gesamtzahl der Verfahren	Verein- barun- gen ¹⁶³⁾	Prozentsatz
1.) AG Lahr	299	173	57
2.) AG Offenburg	260	167	64
3.) AG Kehl	125	81	65
4.) AG Wolfach	81	55	68
5.) AG Gengenbach	57	39	68
6.) AG Oberkirch	33	23	70
7.) AG Ettenheim	27	17	62
Ergebnis total	882	555	63

Die Tabelle weist aus, daß im Schnitt in ca. 63 % der Verfahren die Regelung der elterlichen Gewalt durch eine Vereinbarung der Eltern erleichtert wurde.

¹⁶²⁾ So auch Erman-Ronke, § 1671, Anm. 9, der meint, der gemeinsame Vorschlag rechtfertige im allgemeinen die widerlegbare Vermutung, daß er auf verantwortungsbewußter Überlegung der Eltern beruhe und deshalb mit den wahren Interessen des Kindes im Einklang stehe; vgl. auch Soergel-Lange, § 1671, Anm. 16

¹⁶³⁾ Darunter wurden auch die Fälle erfaßt, in denen ein Elternteil dem Antrag des anderen nicht entgegentrat und dies auf irgendeine Weise zum Ausdruck brachte (vgl. Schwoerer, FamRZ 1958, 435). In den Zahlen sind auch die Vereinbarungen über die Trennung von Geschwistern enthalten (vgl. S. 97); vgl. auch die weitere Aufgliederung in der Tabelle auf S. 48

Bemerkenswert ist auch, zu welchem Zeitpunkt eine Vereinbarung der Eltern bereits vorlag. Das soll die nächste Übersicht verdeutlichen, in die das Amtsgericht Lahr nicht mit einbezogen ist, da diese differenzierte Aufschlüsselung erst nach der Untersuchung des Amtsgerichtsbezirks Lahr angestellt wurde.

Gericht	Zahl der Vereinbarungen	Prozessgericht	Vormundschaftsgericht	Rechtsanwalt	selbstständig
1.) AG Offenburg	167	28	105	29	5
2.) AG Kehl	81	20	37	18	6
3.) AG Wolfach	55	7	36	12	-
4.) AG Gengenbach	39	1	25	12	1
5.) AG Oberkirch	23	2	10	11	-
6.) AG Ettenheim	17	5	8	3	1
	382	63	221	85	13
	= rd.	17 %	58 %	22 %	3 %

Der Aufstellung kann entnommen werden, daß sich bis zu 2/5 (rd. 39 %) aller vereinbarenden Eltern bereits vor dem Scheidungsgericht über die "Verteilung" der Kinder einig waren, da die Vereinbarungen, die bei den Rechtsanwälten aufgesetzt wurden (22 %) zum größten Teil zu den 17 % mit hinzugenommen werden können; die "anwaltlichen" Vereinbarungen waren nämlich meist Teil einer vor Prozeßbeginn abgefaßten scheidungserleichternden Abrede. Bei den übrigen 3/5 der Fälle erfolgte die Einigung erst nach Rechtskraft des Scheidungsurteils gegenüber dem Vormundschaftsgericht. Die von den Eltern selbstständig abgefaßten Vereinbarungen waren teils bereits vor der Ehescheidung, teils aber auch erst zum Zwecke der Vorlage beim Vormundschaftsgericht aufgesetzt worden. Sie fallen jedoch beim Gesamtergebnis nicht ins Gewicht.

2.3 Streitig gewordene Vereinbarungen

Von den insgesamt 555 Vereinbarungen wurden bis zur Vorlage an das Vormundschaftsgericht 17 wieder streitig:

Gericht	Zahl d.V.	streit- tig	Prozent- satz
1.) AG Offenburg ¹⁶⁴⁾	167	9	5,3
2.) AG Lahr ¹⁶⁵⁾	173	7	4,0
3.) AG Oberkirch ¹⁶⁶⁾	23	1	4,3
	363	17	

Bezogen auf die Gesamtzahl der Vereinbarungen (555) läßt sich damit sagen, daß sich nur in 3,1 % der Vereinbarungsfälle die Eltern nicht mehr an ihre Abmachungen halten wollten. Dieser geringe Prozentsatz mag damit zusammenhängen, daß sich die Eltern - wie sonst im rechtsgeschäftlichen Leben - an eine einmal getroffene Vereinbarung gebunden fühlen.

Tatsächlich betrachtet die h.M. in Literatur und Rechtsprechung die dem gemeinsamen Vorschlag vorausgegangene Einigung der Eltern auch als einen Vertrag, dessen Wirksamkeit grundsätzlich nach den für Rechtsgeschäfte geltenden Regeln zu beurteilen ist ¹⁶⁷⁾. Damit hat die Vereinbarung für die Eltern eine bindende Wirkung. Ein Elternteil kann demzufolge seine Einverständniserklärung nicht einseitig und nach Belieben widerrufen. Er hat nur noch die Möglichkeit, sie wegen allgemeiner Willensmängel (Irrtum, Drohung und Täuschung) anzufechten. Ansonsten können die Eltern eine zwischen ihnen zustande gekommene Vereinbarung nur noch einverständlich abändern oder aufheben. Der nachträgliche Widerspruch eines Elternteils gegen einen eingereichten Vorschlag hebt also das bindende Gewicht des Vorschlags nicht auf: das Vormundschaftsgericht hat über ihn nach Maßgabe des § 1671 Abs. 2 zu entscheiden, wobei der Allein-Scheidungsschuld des durch den Vorschlag begünstigten Elternteils keine Bedeutung zukommt ¹⁶⁸⁾.

Die umstrittenen Vereinbarungen geben Anlaß, nach den Gründen zu fragen, aus denen heraus ein Elternteil meinte, sich nicht mehr an die

164) AG OG X 3/67; X 399/68; X 8/69; X 398/69; X 125/70; X 379/70; X 392/70; X 166/66; X 135/68

165) AG L X 131/69; X 170/66; X 73/63; X 134/63; X 71/69; X 338/67; X 277/61

166) AG Ob X 62/70

167) aa Palandt-Lauterbach, § 1671, Anm. 2; Dölle, Lehrbuch, § 97 III, 2, S. 287, der die Vereinbarung den Vorschriften über die Rechtsgeschäfte insoweit unterwirft, als dies nicht mit ihrer Funktion im Widerspruch steht

168) Vgl. Staudinger-Schwoerer, § 1671, Anm. 62 u. 85

Abrede halten zu sollen. Um die Übersichtlichkeit der Darstellung zu wahren, konnten sie nicht bis in die Einzelheiten verfolgt werden. Es wurde versucht, sie nach übergeordneten Gesichtspunkten zu gliedern, wodurch jedoch Überschneidungen nicht ausgeschlossen werden konnten.

2.3.1 Leibliche, seelische und sittliche Gefährdung der Kinder

In 4 der 17 Fälle wurde als Grund eine leibliche, seelische und sittliche Gefährdung der Kinder angegeben:

In einem Verfahren hatten sich die Eltern, ein 54jähriger Schriftsetzer und eine 46jährige Gastwirtin über eine Trennung ihrer beiden Söhne von 16 und 10 Jahren geeinigt. Die elterliche Gewalt über den älteren Sohn, der als Brauereilehrling tätig war, sollte der Vater erhalten. Daran wollte die Mutter nicht mehr festhalten. Sie gab der Geschäftsstelle des Amtsgerichts zu Protokoll, der Vater sei bereits zweimal in einer Trinkerheilanstalt zu Entziehungskuren gewesen und sein Verhalten habe sich seit dieser Zeit nicht geändert. Sie befürchte, daß er den Sohn verleiten werde. Obwohl die Mutter das angebliche Fehlverhalten - das Amtsgericht befand, dieses sei dem Vater nicht nachzuweisen - des Vaters bereits vor Schluß der Vereinbarung gekannt hatte, versuchte sie trotzdem mit dieser Begründung die Vereinbarung zu Fall zu bringen ¹⁶⁹⁾.

Auf die sittliche Gefährdung der 7jährigen Tochter hob ein Vater ab, nachdem seine geschiedene Frau, die die elterliche Gewalt über die Tochter bekommen sollte, einen Mann bei sich aufgenommen hatte. Das Amtsgericht konnte keine dahingehende Feststellung treffen, ließ sich über diesen Punkt auch weiter gar nicht aus, sondern sprach dem Vater die Erziehungsfähigkeit ab, weil er keinen Unterhalt gezahlt hatte. Erst das Landgericht Offenburg befaßte sich in der Beschwerdeinstanz ausführlicher mit diesem Vorwurf. Es hielt das Verhalten der Mutter für nicht unbedenklich, sah aber eine sittliche Gefährdung für nicht gegeben an ¹⁷⁰⁾.

Mit dem Vortrag, die Mutter nehme es mit der Versorgung der Kinder nicht so genau, diese seien auch während der Ehe wochenlang nicht

169) AG L X 170/66

170) AG L X 338/67

gebadet worden, bemühte sich ein Vater von der Vereinbarung loszukommen ¹⁷¹⁾. Dies gelang ihm ebensowenig, wie einer 26jährigen Mutter, die, entgegen der Vereinbarung, die elterliche Gewalt über den jüngeren der beiden 9- und 7jährigen Söhne haben wollte und vortrug, der Vater gebe die Kinder an verschiedene Orte, kümmere sich nicht um sie und habe dazu noch ein junges Mädchen in die Wohnung aufgenommen ¹⁷²⁾. Im ersten Fall meinte des Vormundschaftsgericht, die väterlichen Vorwürfe seien nicht ernst gemeint, sonst hätte der Vater sich beim Scheidungsverfahren mit der Übertragung der elterlichen Gewalt auf die Mutter nicht einverstanden erklärt. Im anderen Fall fand es, eine Trennung der Kinder sei für diese nicht vorteilhaft.

2.3.2 Veränderung der Umstände

Als Grund, sich von der Vereinbarung zu lösen, wurde in 4 weiteren Fällen eine Veränderung der Umstände nach Abschluß der Vereinbarung angegeben. Diese Veränderung sah die Mutter einer 5jährigen Tochter darin, daß sich nach ihrem Weggang von der Familie ihre Verhältnisse stabilisiert hätten ¹⁷³⁾. Eine andere Mutter, eine 34jährige Verwaltungsangestellte, bat darum, ihr die elterliche Gewalt über beide Kinder - einen Jungen (9) und ein Mädchen (5) - zu übertragen, nachdem sie sich mit dem Vater, einem 34jährigen Speditionskaufmann, geeinigt hatte, daß der Sohn zum Vater, die Tochter zur Mutter komme, der Sohn aber zunächst für 3 Jahre bei der Mutter bleiben sollte. Sie gab an, beide Kinder wüchsen jetzt bei ihr auf und ihr Sohn habe sich sehr gut eingelebt und mache in der Schule gute Fortschritte ¹⁷⁴⁾. Mit der Absicht der Wiederheirat und der dadurch hervorgerufenen Veränderung begehrte ein Oberbaurat (37) entgegen der Vereinbarung die Übertragung der elterlichen Gewalt für seinen Sohn (9), während er die Tochter (7) der Mutter (37) überlassen wollte; der Sohn habe sich bereits einmal 1 Jahr bei ihm befunden und sei auch an seinem neuen Wohnort eingeschult worden ¹⁷⁵⁾. Ein anderer Vater hob darauf ab, daß sich abweichend von der elterlichen Abrede neben den zwei älteren Söhnen jetzt auch der dritte Sohn (8) in

171) AG L X 73/63

172) AG OG X 398/69

173) AG OG X 399/68

174) AG OG X 125/70

175) AG OG X 392/70

seinem Haushalt befinde; im übrigen führe die Mutter keinen einwandfreien sittlichen Lebenswandel ¹⁷⁶⁾.

2.3.3 Drohung und Täuschung beim Abschluß der Vereinbarung

Eine andere Gruppe von Beweggründen für die Beseitigung der Vereinbarung läßt sich dadurch charakterisieren, daß der betreffende Elternteil auf eine Drohung oder Täuschung beim Abschluß der Vereinbarung abhebt.

Die Mutter von 2 Söhnen (9 + 4), berief sich darauf, sie habe sich von den ständigen Behauptungen ihres Ehemannes, er habe sich im Gegensatz zu ihr außerehelich nichts vorzuwerfen, überzeugen lassen und daher aus Anständigkeit und dem Bestreben, sich schnell scheiden zu lassen, der Übertragung der elterlichen Gewalt auf ihn zugestimmt. Sie sei aber getäuscht worden, weil sich herausgestellt habe, daß ihr Mann schon vor der Scheidung ein ehebrecherisches Verhältnis mit einer anderen Frau begonnen habe ¹⁷⁷⁾. Eine Verwaltungsangestellte (22) focht die Vereinbarung über den Verbleib ihres Jungen (5) mit dem Hinweis an, ihr Ehemann (Drogist, 28) habe ihr gedroht, er würde ihr alles wegnehmen, wenn sie die Vereinbarung nicht unterschreibe. Unter dem Druck der Verhältnisse während der Scheidung habe sie es dann getan ¹⁷⁸⁾. Ähnlich unter Druck gesetzt fühlte sich eine Mutter (Kontoristin, 29), die dem Vormundschaftsgericht unter Vorlage eines Schriftwechsels glaubhaft gemacht hatte, daß sie durch ihren Ehemann zur Unterschriftsleistung mittels Ankündigung des Rechtsmittels der Berufung gegen das Ehescheidungs-urteil des Landgerichts veranlaßt worden sei. Sie habe sich damals schon in München befunden und habe möglichst bald wieder heiraten wollen ¹⁷⁹⁾.

176) AG L X 131/69

177) AG L X 134/63

178) AG OG X 379/70; das AG hielt das Argument für wenig wahrscheinlich, weil die schriftliche Vereinbarung auch von den Anwälten der Parteien unterschrieben worden war und der gesamte Hausrat der Mutter überlassen wurde

179) AG OG X 166/66; das Vormundschaftsgericht bestätigte die Vereinbarung, da die Drohung der Einlegung eines Rechtsmittels mindestens nicht widerrechtlich i.S. des § 123 BGB gewesen sei

2.3.4 Andere Auslegung und mangelnde Aufklärung

Die letzte erkennbare Gruppierung von Begründungen für den Versuch, von der Vereinbarung loszukommen, faßt die Fälle zusammen, in denen behauptet wurde, daß man als Elternteil bezüglich der Bedeutung der Vereinbarung von seinem Rechtsanwalt keine ausreichende Aufklärung erhalten habe, bzw. von einer anderen Auslegung der Vereinbarung ausgegangen sei. Ein geschiedener Ehemann brachte vor, er sei von seinem Anwalt im Ehescheidungsprozeß über die Bedeutung des Schuldspruchs im Ehescheidungsurteil und die Bedeutung der getroffenen Sorgerechtsvereinbarung nicht richtig, mindestens jedoch nicht ausreichend unterrichtet worden ¹⁸⁰⁾. In die gleiche Richtung ging das Argument einer Mutter (30), als sie behauptete, ihre Unterschrift unter die Vereinbarung sei auf Anraten des Anwalts erfolgt, der die Vereinbarung als vorläufige ausgegeben habe ¹⁸¹⁾.

Obwohl ein Vater (Behördenangestellter, 58) eine ausführliche Unterhaltsverpflichtung zugunsten seiner Tochter eingegangen war, vertrat er den Standpunkt, in der Regelung der Unterhaltszahlungen könne kein Verzicht auf die elterliche Gewalt gesehen werden ¹⁸²⁾. Als gegenstandslos bezeichnete der Vater eines Jungen (2) die Vereinbarung, weil er geglaubt habe, in § 3 der Vereinbarung seien die Worte aufgenommen worden: "Solange das Kind klein ist ...", dieser Zusatz fehle aber ¹⁸³⁾.

Ein Fall, der sich nur schwer in eine der gekennzeichneten Fallgruppen einordnen ließ, betraf eine Mutter, die die abgeschlossene Vereinbarung mit der von ihr nicht beweisbaren Behauptung angriff, sie habe in der Zwischenzeit mit ihrem Mann bezüglich der letzten beiden der vier Kinder mündlich eine andere Regelung getroffen, was dieser bestritt ¹⁸⁴⁾.

180) AG L X 71/69; das Gericht verwies den Vater lapidar an seinen Anwalt und riet ihm, sich an diesen zu halten; ähnl. AG Ob X 62/70, wo das Vormundschaftsgericht meinte, ein Ehegatte wisse, was man unter elterlicher Gewalt zu verstehen habe

181) AG OG X 8/69

182) AG L X 277/61

183) AG OG X 135/68

184) AG OG X 3/67

2.4 Behandlung streitiger und unstreitiger Vereinbarungs- fälle durch die Vormundschaftsgerichte

2.4.1 Bindungswirkung der Vereinbarungen

Die angegriffenen Vereinbarungen wurden von den Vormundschaftsgerichten fast ausnahmslos bestätigt. Bemerkenswert ist, daß lediglich in einem der streitigen 17 Fälle ein Vormundschaftsgericht von der elterlichen Vereinbarung abwich (185).

Dabei konnte festgestellt werden, daß sich die Vormundschaftsgerichte bei der rechtlichen Beurteilung einer von den Eltern beschlossenen Vereinbarung ausschließlich an der höchstrichterlichen Rechtsprechung ausrichten. Sie gehen demnach davon aus, daß die Eltern an ihre Abrede gebunden sind und davon nur abgewichen werden kann, wenn dies zum Wohl der Kinder erforderlich ist (186). Der Begriff "zum Wohl der Kinder erforderlich" wird dahin verstanden und ausgelegt, daß die Abweichung nicht schon dann statthaft ist, wenn eine andere Regelung dem Wohl des Kindes dienlicher erscheint, besser oder am besten entsprechen würde, wenn das Vormundschaftsgericht den Vorschlag für unzumutbar hält oder wenn es bei selbständiger Entscheidung dem anderen Elternteil den Vorzug gegeben hätte. Nur wenn triftige, das Wohl des Kindes nachhaltig berührende Gründe vorliegen, deren Außerachtlassung die Entwicklung der Kinder ungünstig beeinflußt, ohne daß gerade eine Gefährdung oder eine objektive Schädigung ihres leiblichen oder geistigen Wohls zu besorgen sein muß, kann von dem gemeinsamen Vorschlag abgewichen werden (187).

Diese Auslegung wird von der bereits angedeuteten Auffassung begleitet (188), daß bei einem elterlichen Widerspruch gegen die Vereinbarung das Vormundschaftsgericht zwar zu einer besonders sorgfältigen Prüfung veranlaßt werde, ob zum Wohl des Kindes ein Abweichen vom Vorschlag geboten sei. Es sollte aber nicht mehr als unbedingt erforderlich in Familiendinge eingreifen, da davon auszugehen sei, daß die Eltern, die sich geeinigt hätten, selbst am besten das Wohl des Kindes gewahrt hätten (189).

185) AG L X 131/69

186) AG LX 134/68 (Fn.117) mit Hinweis auf BGH MDR 1960, 748; AG OG X 399/68 (Fn.173) mit Hinweis auf die BGHZ 33, 54 und BGH FamRZ 1966, 153; AG OG X 8/69 (Fn.183) mit Hinweis auf KG FamRZ 1966, 153

187) Vgl. insbes. AG OG X 399/68; AG L X 134/68

188) Vgl. Staudinger-Schwoerer, § 1671, Anm. 62

189) AG OG X 125/70

2.4.2 Abänderung und Bestätigung der Vereinbarungen

In den streitigen Vereinbarungsfällen erwies sich oftmals bereits der Vortrag eines Elternteils, mit dem er versuchte, die Bindung an die Vereinbarung zu beseitigen, als nicht beweisbar ¹⁹⁰⁾, als unrichtig ¹⁹¹⁾ oder als vordergründig ¹⁹²⁾, so daß sich für die Vormundschaftsgerichte die Frage nach einer abweichenden Regelung nicht stellte. In anderen Fällen ¹⁹³⁾ wiederum lag das Hauptgewicht der Prüfung nicht bei der Frage, ob die Vereinbarung abzuändern war, sondern darauf, ob überhaupt eine wirksame Vereinbarung vorlag, nachdem von den Eltern Willensmängel (Irrtum, Drohung, Täuschung) bei ihrem Abschluß geltend gemacht wurden ¹⁹⁴⁾. Hierzu gehört z. B. auch die Frage nach einem möglichen Wegfall der Geschäftsgrundlage ¹⁹⁵⁾.

Die eine vom streitigen elterlichen Vorschlag abweichende Entscheidung veranschaulicht recht gut, wann nach Meinung des betreffenden Vormundschaftsgerichts triftige, das Wohl des Kindes nachhaltig berührende Gründe vorliegen, die eine Änderung der Regelung erforderlich machen:

Die aus beiderseitigem Verschulden geschiedenen Eheleute hatten eine Vereinbarung dahin getroffen, daß das Personensorgerecht für die beiden älteren Söhne dem Vater, für den jüngsten Sohn T. (8) der Mutter übertragen werden sollte. Der Vater stellte nach der Ehescheidung beim Vormundschaftsgericht den Antrag, ihm auch die elterliche Gewalt über T. zu übertragen. Die Mutter bat, diesem Antrag nicht zu entsprechen. Gegen den ursprünglichen Vorschlag der Eltern sprach das Vormundschaftsgericht dem Vater auch die elterliche Gewalt über T. zu. Es meinte, daß beim Vater eine ordentliche Erziehung gewährleistet sei. T. befinde sich bereits seit einem halben Jahr im Haushalt des Vaters und werde ebenso wie sein Bruder J. während dessen berufsbedingter Abwesenheit von den Eltern des Vaters bzw. von dessen verheirateter Schwester versorgt und betreut. Der Mutter könne die Erziehung nicht überlassen werden. Sie sei selbst berufs-

190) AG L X 170/66 (Fn.169); AG OG X 3/67 (Fn.184)

191) AG L X 73/63 (Fn.171)

192) Vgl. hier die Fälle unter der Fallgruppe "Andere Auslegung und mangelnde Aufklärung" (Fn.180 ff) und den Fall unter der Rubrik "Drohung und Täuschung" (Fn.178)

193) Vgl. die Ausführungen zur elterlichen Einigung als Vertrag, S. 49

194) Vgl. die Fälle unter "Drohung und Täuschung" (Fn. 177 ff)

195) Staudinger-Schwoerer, § 1671, Anm. 65

tätig, so daß sie sich um das Wohl des Kindes T. nicht kümmern könne. Sie lebe überdies mit einem in Scheidung lebenden Automatenhändler K. in einer Notwohnung zusammen. Ob sich durch eine beabsichtigte Heirat und den daran sich anschließenden gemeinsamen Betrieb des Automatenhandels ihre persönlichen und häuslichen Verhältnisse maßgebend ändern würden, erscheine auch deswegen recht zweifelhaft, weil Herr K. von früher noch verschuldet sei. Ihre Lebensverhältnisse dürften sich in der Zukunft auch aus einem anderen Grunde schwerlich bessern. Sie spreche offenbar in nicht unerheblichem Maße dem Alkohol zu und halte sich, wie Feststellungen in der Vergangenheit ergeben hätten, häufig in Gastwirtschaften auf 196).

Die Gründe, die das Vormundschaftsgericht somit im vorstehenden Fall bewogen haben, die elterliche Vereinbarung nicht zu bestätigen, waren objektiv von erheblicher Natur. Während der Vater nach der Prognose des Vormundschaftsgerichts dem Sohn T. trotz der Berufstätigkeit eine ordentliche Erziehung zukommen lassen konnte und auch die tägliche Pflege und Betreuung des Jungen gesichert war, war dies bei der gleichfalls berufstätigen Mutter ziemlich ungewiß. Diese hatte ein Verhältnis mit einem "verkrachten" Automatenhändler begonnen, hauste in einer baufälligen Baracke und war in erheblichem Maße dem Alkohol zugetan. Unter diesen Umständen war bei ihr eine ernstliche Beeinträchtigung für die Erziehung und die tägliche Betreuung des Kindes T. nicht auszuschließen.

Auch die Untersuchung aller - nicht nur der streitigen - Vereinbarungen dahingehend, in wieviel Fällen und wann die Vormundschaftsgerichte von den elterlichen Vereinbarungen abgewichen sind, zeigt, daß fast krasse Mißstände wie im eben geschilderten Fall vorliegen müssen, ehe eine andere Regelung zum Wohl des Kindes erforderlich scheint.

Von den festgestellten 555 Vereinbarungen wichen die Vormundschaftsgerichte, einschließlich des bereits erwähnten einen streitigen Falls, in nur 4 Fällen von dem elterlichen Vorschlag ab 197).

Hierbei wurde jedoch noch ein Fall berücksichtigt, bei dem man nur bedingt von einer abweichenden Entscheidung sprechen kann:

196) AG L X 131/69

197) AG L X 131/69; X 95/65; AG K X 123/66; 95/67

Während die Eltern vereinbart hatten, daß der Sohn (5) zum Vater und die Tochter (2) zur Mutter kommen sollte, da beide nicht in der Lage waren, 2 Kinder zu versorgen, ordnete das Vormundschaftsgericht bezüglich der Tochter zunächst eine Vormundschaft an. Es wollte zunächst abwarten, wie sich die Verhältnisse bei der berufstätigen Mutter entwickeln würden, nachdem sie eine Pflegestelle für das Kind nicht mehr beanspruchen konnte. Als die Mutter kurz darauf wieder heiratete, übertrug ihr das Vormundschaftsgericht die elterliche Gewalt ¹⁹⁸⁾. Selbst wenn man also diesen Fall hinzunimmt, ergibt sich eine Abweichungsquote von nur 0,7 %.

Diese niedrige Quote erklärt sich, wenn man die beiden restlichen Fälle abweichender vormundschaftsrichterlicher Entscheidung und einen weiteren Fall betrachtet, in dem ein Vormundschaftsgericht trotz Bedenken die vorgelegte Vereinbarung bestätigte: Im ersten Fall hatten sich die Eltern (Vater 26, Hilfsarbeiter - Mutter 24, Hilfsarbeiterin) geeinigt, daß die Mutter die elterliche Gewalt über den Jungen (4) erhalten sollte. Das Vormundschaftsgericht bestellte jedoch einen Vormund für das Kind. Die Eltern hätten das Kind schon kurz nach seiner Geburt der mütterlichen Stiefmutter in Pflege gegeben. Die Unterbringung, Versorgung und Erziehung des Kindes bei seiner Pflegemutter seien ordentlich. Zwar hätten die Eltern das Kind bisher mit Kleidung versorgt, für die Verköstigung jedoch kein ausreichendes Kostgeld gegeben. Bei ihrer richterlichen Vernehmung hätten sie dies eingestanden und versprochen, in Zukunft ihren Unterhaltsverpflichtungen nachzukommen. In einem Zeitraum von 5 Wochen seien jedoch nur DM 10,-- bezahlt worden. Nach dem bisherigen Verhalten der Eltern zu urteilen, sei auch in Zukunft nicht damit zu rechnen, daß der Unterhalt von den Eltern getragen werde, wenn man der Mutter die elterliche Gewalt übertrage. Zur Abwendung der aus der unzureichenden Unterhaltsgewährung der Eltern entstandenen Gefahr für das leibliche Wohl des Kindes sei es erforderlich gewesen, der Pflegemutter als Vormund die Personen- und Vermögenssorge zu übertragen ¹⁹⁹⁾.

Im zweiten Fall war der Vater (Bautechniker, 32) damit einverstanden, daß die Kinder (11 - 4) zur Mutter (Hausfrau und Landwirtschaftshilfe) kommen sollten. Er verlangte jedoch ein Mitspracherecht bei der Erziehung. Nach dem Beschluß des Vormundschaftsgerichts, das die elterliche Gewalt über alle 4 Kinder der Mutter

198) AG K X 123/66

199) AG L X 95/65

übertrag, richtete der Vater ein "Einspruchs"-Schreiben an das Vormundschaftsgericht, das er nicht als Beschwerde gewertet wissen wollte. Bei der sich anschließenden Anhörung durch den Richter beantragte er die elterliche Gewalt über alle vier Kinder, da er wieder heiraten wolle: Ein Junge (11), der auf die Mittelschule gehe, sei schon bei ihm. Danach stellte er in einem neuerlichen Schreiben den Antrag, ihm nur den bei ihm befindlichen Sohn zuzusprechen; er habe wieder geheiratet und seine Verhältnisse seien geordnet. Im übrigen habe er sich auch mit der Mutter darüber geeinigt, daß der genannte Sohn zu ihm kommen solle ²⁰⁰⁾. - Das Vormundschaftsgericht bestätigte diese zweite Einigung nicht ²⁰¹⁾. Zwar habe der Vater wieder geheiratet, die Ermittlungen hätten aber ergeben, daß diese Ehe nicht gut gehe. Nach tätlichen Auseinandersetzungen sei seine zweite Frau weggezogen. Außerdem sei gegen den Vater in der Zwischenzeit eine achtmonatige Gefängnisstrafe verhängt worden. Bei diesen Zukunftsaussichten könne es nicht verantwortet werden, auch nur eines der Kinder dem Vater zu überlassen. Dem Wohl der Kinder entspreche es außerdem am besten, wenn sie alle zusammen bei der Mutter blieben.

Im letzten der drei zu besprechenden Fälle hatten sich die beiderseits schuldig geschiedenen Eheleute geeinigt, daß der Sohn (5) zum Vater (Metzger, 25) und die Tochter (4) zur Mutter (Bedienung, 25) kommen sollte. Die Mutter war kurz darauf mit dem Mädchen nach Kanada ausgewandert und wohnte mit einem Angehörigen der kanadischen Streitkräfte zusammen. Das Vormundschaftsgericht sah insoweit gewisse Bedenken, der Mutter die elterliche Gewalt zu übertragen, als ihre Verhältnisse in Kanada nicht ganz durchsichtig seien. Eine Wiederverheiratung mit dem Kanadier sei bisher nicht erfolgt und ob sie ständig in Kanada bleibe, steht nicht fest. Neben möglichen Schwierigkeiten bezüglich der Einschulung des Mädchens bestünden weitere Bedenken gegen die Mutter insoweit, als sie, zumindest solange sie in Deutschland gelebt habe, etwas leichtfertig gewesen sei, was sich aus dem Scheidungsurteil ergebe. Zusammenfassend stellte das Vormundschaftsgericht dann fest, daß diese Bedenken aber nicht schwerwiegend genug seien, der Vereinbarung der Eltern nicht zu folgen ²⁰²⁾.

200) AG K X 95/67

201) Ob im Abänderungsverfahren nach § 1696 ein gemeinsamer Vorschlag der Eltern das Vormundschaftsgericht ebenso bindet wie bei der ersten Regelung, ist bestritten (vgl. OLG Hamm, OLGZ 68, 226 f m.w.N.)

202) AG L X 240/68

Die drei Fälle bestätigen die oben getroffene Feststellung: Nur bei einem groben Fehlverhalten beider Elternteile oder des Elternteils, der nach der Vereinbarung das Sorgerecht erhalten soll - hier: permanente Unterhaltspflichtverletzung und höchste charakterliche Unzuverlässigkeit - oder bei sonstigen schwerwiegenden Bedenken kommt eine Abweichung vom elterlichen Vorschlag in Betracht.

Nicht einmal dann weichen die Vormundschaftsgerichte von einer Vereinbarung der Eltern ab, wenn sie im Beschluß feststellen müssen, daß entgegen der Vereinbarung eine Unterbringung des Kindes bei dem anderen Elternteil dem Wohl des Kindes besser entsprechen würde. Soweit die Vormundschaftsgerichte sich in den 17 streitigen Vereinbarungen überhaupt mit der Frage nach einer erforderlichen Abweichung beschäftigen mußten, kam es immerhin in zwei Fällen vor, daß sie eine bessere Lösung sahen:

Bei der Prüfung der Frage, ob das 5-jährige Mädchen entsprechend der von der Mutter angegriffenen Vereinbarung dem Vater überlassen werden könne, führte das Vormundschaftsgericht aus, man könne es jetzt auch verantworten, das Kind in die Obhut der Mutter zu geben. Dazu lägen aber gleichwohl die gesetzlichen Voraussetzungen nicht vor. Wenn auch die derzeitige Unterbringung der Kinder bei der Schwester des Vaters nicht gerade ideal sei, sei immerhin zu bedenken gewesen, daß nach der Zurücklassung des Kindes durch die Mutter dem Vater keine andere Wahl verblieben sei. Da sich derzeit nicht absehen lasse, wie sich in Zukunft die persönlichen Verhältnisse des Vaters entwickelten, müßten die Bedenken der Mutter einer späteren Überprüfung vorbehalten bleiben 203).

Ohne Vorlage der Vereinbarung - also bei einer selbständigen Entscheidung - hätte es der Mutter den Vorzug geben müssen, meinte ein Vormundschaftsgericht in einem anderen Fall. Bei einem Alter des Kindes von 4 Wochen sei der Vater in Untersuchungshaft gekommen. Bis zu seiner Entlassung aus der Strafhaft habe es ihn nicht bewußt erlebt, und die gelegentlichen Besuche im Gefängnis hätten daran auch nichts geändert. Das Kind habe schon den jetzigen Ehemann der Mutter, der mit ihr schon damals zusammengelebt habe, als Papa angesprochen. Es sei jetzt 3 Jahre alt und wäre am besten bei der Mutter aufgehoben, die nicht mehr berufstätig sei. Dies könne positiv

beurteilt und ihre erzieherischen Fähigkeiten nicht in Abrede gestellt werden. Der Vater sei tagsüber abwesend und könne lediglich über das Wochenende erzieherisch tätig sein. Die Betreuung und Erziehung des Kindes verbleibe im wesentlichen den Großeltern, die mit 71 bzw. 60 Jahren schon betagt seien. All das reiche jedoch nicht zum Abweichen von dem elterlichen Vorschlag aus. Es sei nicht zu erkennen, inwiefern durch das Belassen des Kindes in seiner jetzigen Umgebung sein Wohl ernstlich beeinträchtigt oder seine Entwicklung ungünstig beeinflusst werde 2o4).

In dem dritten Fall kam erst das Landgericht auf die Beschwerde der Mutter hin zu der auch dem Vormundschaftsgericht bereits möglichen Feststellung, daß eine andere Regelung dem Wohl des Kindes dienlicher sein könne 2o5).

2.4.3 Einheitliche Bewertung der Vereinbarungsfälle

Bei den Entscheidungen über Abänderung oder Bestätigung der elterlichen Sorgerechtsvereinbarungen hatten die einzelnen Vormundschaftsgerichte keine ins Auge fallenden Wertungsschwierigkeiten, auch Wertungswidersprüche zwischen ihnen waren nicht auszumachen. Sie hielten sich alle an die für den Fall einer Vereinbarung der Eltern das Wohl des Kindes konkretisierenden Grundsätze, wie sie durch Gesetz und vor allem durch dessen Auslegung vorgegeben sind. Gerade die Frage, wann ein Abweichen von der Vereinbarung zum Wohl des Kindes erforderlich ist, hätte auch unterschiedliche Grenzziehungen erwarten lassen. Die Beispielsfälle haben jedoch gezeigt, daß eine relativ einheitliche Linie vertreten wird, der elterlichen Vereinbarung weitgehend Rechnung zu tragen und nur in schwerwiegenden Fällen einer Änderung zuzustimmen. Die gemeinsame Grenzziehung bis nahe an den Gefährdungsbereich für das leibliche und geistige Wohl des Kindes darf andererseits aber auch nicht überraschen. Sie lag nämlich auch im Interesse der Vormundschaftsgerichte, die damit - solange eine Gefährdung noch ausgeschlossen werden konnte - ohne weitere Prüfung von einer dem Wohl des Kindes dienenden Vereinbarung ausgehen konnten.

2o4) AG OG X 166/66

2o5) AG L X 134/63

2.5 Zusammenfassung

Zusammenfassend läßt sich zu der praktischen Bedeutung der elterlichen Vereinbarung im Rahmen des Sorgerechtsverfahrens folgendes feststellen:

- 1.) Durch gemeinsame Vorschläge der Eltern wird der größte Teil (im Schnitt 63 %) der Verfahren erledigt.
- 2.) Eine eingehende Untersuchung der den Vereinbarungen zugrunde liegenden Verhältnisse durch das Gericht selbst findet regelmäßig nur in den streitig werdenden Vereinbarungen statt ²⁰⁶⁾.
- 3.) Deshalb und wegen der strikten Übernahme der von der höchstrichterlichen Rechtsprechung vorgenommenen Auslegung des Begriffs "zum Wohl des Kindes erforderlich" weichen die Vormundschaftsgerichte von den elterlichen Vereinbarungen nur ab, wenn grobe Mißstände oder grobes Fehlverhalten bei dem Elternanteil festgestellt werden können, der nach der elterlichen Abrede die elterliche Gewalt über das Kind erhalten soll. Dies erklärt in der Hauptsache die geringe Abweichung von nur 0,7 % für alle Vereinbarungsfälle.
- 4.) Durch die gesetzlichen Voraussetzungen sehen sich die Vormundschaftsgerichte in den übrigen Fällen daran gehindert, für das Kind entgegen dem elterlichen Vorschlag eine ihrer Meinung nach bessere Lösung zu verwirklichen.
- 5.) Die beiden zuletzt getroffenen Feststellungen sind auch ursächlich dafür, daß bei den Entscheidungen keine nennenswerten Wertungsschwierigkeiten oder Wertungswidersprüche auftraten.

3. Berücksichtigung des Kindeswillens

Nachdem es in § 1695 Abs. 2 nur heißt, daß der Richter mit dem Kind persönlich Fühlung nehmen kann, hat sich immer wieder die Frage gestellt, ob eine Entscheidung überhaupt am Wohl des Kindes ausgerichtet ist, wenn der Wille des Kindes, zu einem bestimmten Elternanteil zu kommen, nicht erforscht oder nicht berücksichtigt wird. Die juristische Literatur und die höchstrichterliche Recht-

206) Siehe die Ausführungen zur Ermittlungstätigkeit, S.121; vgl. auch Gigon aaO, S. 60, der für die Schweiz zu einer ähnlichen Aussage kommt.

sprechung haben der Haltung vor allem jüngerer Kinder den Eltern gegenüber immer nur untergeordnete Bedeutung beigemessen ²⁰⁷⁾. Berücksichtigung fand z. B. der Wille eines 16jährigen Jungen ²⁰⁸⁾, auch der eines 14jährigen Mädchens konnte beachtlich sein ²⁰⁹⁾. Im allgemeinen haben sich auch die Vormundschaftsgerichte dieser Tendenz angeschlossen; Anhörungen von Kindern unter 10 Jahren konnten nur in 4 Fällen registriert werden ²¹⁰⁾. Zudem war die Zahl der Kindesanhörungen sehr gering.

AG	Anhörungen	Alter der Kinder
L	11	7, 3x9, 20, 12, 2x13, 14, 16, 2x17, 19
OG	1	15
K	2	8, 13
Wo	6	13, 2x14, 15, 19, 20
Gb	4	15+17, 16, 18+19, 20
Ob	3	10+8, 15-20, 9-20
Ett	-	-
Total	27	

Während die Anhörung älterer Kinder in der Regel zu keinen größeren Schwierigkeiten bei der Entscheidung führte ²¹¹⁾, zeigten sich unterschiedliche Auffassungen bei der Berücksichtigung des Willens kleinerer Kinder. Bei 2 Kindern im Alter von 10 und 8 Jahren, die zu ihrem Vater wollten, stellte ein Vormundschaftsgericht fest, ihnen fehle die erforderliche Reife und Fähigkeit, die Richtigkeit ihrer Entscheidung selber beurteilen zu können ²¹²⁾. In ähnlicher Weise urteilte ein Vormundschaftsgericht nach der Anhörung eines 8jährigen Mädchens; das Kind habe die Frage nach seinem Verbleib innerlich nicht verstanden ²¹³⁾. Dagegen sah in einem Fall ein

207) Staudinger-Schwoerer, § 1634, Anm. 55: "Wille des Kindes spielt... nur eine untergeordnete Rolle", oder § 1671, Anm. 94: "Gewisse Bedeutung"; Soergel-Lange, § 1634, Anm. 20: "Nur selten entscheidend"; ebenso bei § 1671, Anm. 26; Palandt-Lauterbach, § 1671, Anm. 3: "Nur im reiferen Alter". Alle Zitate mit Rechtsprechungsnachweisen

208) OLG Karlsruhe FamRZ 1966, 315

209) OLG Karlsruhe FamRZ 1968, 266

210) AG L X 359/62 (9 u. 12); X 45/67 (9); X 338/67 (7); AG K X 7/66 (8)

211) AG L X 408/69; X 123/68; X 180/67; X 277/61; AG Wo X 38/70; die Vormundschaftsgerichte gingen in den Entscheidungsgründen meistens gar nicht auf die Anhörung ein

212) AG Ob X 64/67; nach dem Scheidungsverfahren stellte sich die Richtigkeit der Entscheidung heraus

213) AG K X 7/66; vgl. AG L X 338/67 (7)

Vormundschaftsgericht in dem Willen eines 9-jährigen Mädchens einen für das Wohl des Kindes und damit für die Entscheidung bestimmenden Umstand. Es hatte den Eindruck gewonnen, daß der Wunsch des Kindes, zu seinem Vater zu kommen, seinem wirklichen, unbeeinflussten Willen entsprach, da es das bei seiner richterlichen Vernehmung immer wieder beteuerte 214). Ebenso berücksichtigt wurde der Wille von zwei Jungen (7, 12) in einem anderen Verfahren. Diese wollten nicht mehr zu ihrem Vater zurückkehren, da dieser eine Haushälterin mit zwei Kindern (19, 9) in seinem Haus aufgenommen hatte. Das Vormundschaftsgericht befand, es unterliege keinem Zweifel, daß die Kinder, die aufgeschlossen und lebendig seien, bei ihrer Anhörung ihre wahre Meinung geäußert und nicht nur ihnen vorher einstudierte Äußerungen wiedergegeben hätten 215).

Wenn auch die unterschiedlichen Ergebnisse der Vormundschaftsgerichte durch die Eigenart des jeweiligen Falles mit beeinflußt sein mögen, so wird aus den Begründungen doch ein gutes Stück Hilflosigkeit gegenüber der Aufgabe deutlich, zuverlässig den wirklichen Willen eines kleinen Kindes zu ermitteln 216). Wie überfordert die Vormundschaftsgerichte dabei sind, wird besonders augenfällig an der weiteren Entwicklung eines der Beispielsfälle 217). Das 9-jährige Mädchen, das aufgrund seines ausdrücklichen Willens dem Vater zugesprochen worden war, erklärte 1 Monat nach der Entscheidung bei einem Besuch der Mutter, es wolle bei dieser bleiben. Nach entsprechender Beschwerde der Mutter gegen die Entscheidung des Vormundschaftsgerichts wurde das Sorgerecht auf sie übertragen; auch der Vater hatte inzwischen erkannt, daß das Kind bei ihm nicht richtig aufgehoben war, und stimmte der abändernden Entscheidung zu.

Die dargelegte Überforderung der Richter birgt die Gefahr in sich, mit Hilfe von Verallgemeinerungen die mit juristischen Erkenntnismitteln nicht mehr lösbaren Schwierigkeiten zu bewältigen. Nicht anders kann nämlich die in der höchstrichterlichen wie auch in der vormundschaftsrichterlichen Rechtsprechung - von den dargelegten Ausnahmen abgesehen - überwiegend anzutreffende Vorstellung verstanden werden, Wünsche fast erwachsener Kinder seien zu berücksichtigen, Wünsche kleinerer Kinder dagegen nicht. Sie ist gegenüber der kindlichen Persönlichkeit viel zu undifferenziert

214) AG L X 45/67

215) AG L X 359/62 (vgl. auch Fn. 153)

216) Vgl. auch Quambusch aaO, S. 99; Luther aaO, S. 165

217) AG L X 45/67 (Fn. 214)

und zugleich ein fatales Eingeständnis richterlicher Schwierigkeiten, mit Persönlichkeitsanamnese fertig zu werden, wenn man sich vergegenwärtigt, daß nach modernen wissenschaftlichen Erkenntnissen anderer Disziplinen die meist hinter den kindlichen Augenblicksreaktionen verborgene Grundeinstellung des Kindes wissenschaftlich in vielen Fällen verifizierbar ist ²¹⁸⁾. Die Rechtsprechungsorgane einschließlich der Vormundschaftsgerichte stehen diesen außerjuristischen Erkenntnissen jedoch bis heute offensichtlich skeptisch gegenüber. Dafür spricht einmal die Tatsache, daß sich gerade auch die Vormundschaftsgerichte - wenn sie sich schon einmal dazu entschließen, den Kindeswillen zu erforschen - nur mit der richterlichen Anhörung begnügen und andere, der Erforschung des Kindeswillens dienliche Hilfsquellen nicht in Anspruch nehmen ²¹⁹⁾. Dies zeigt sich aber auch in der die Rechtsprechung beeinflussenden Literatur, aus der eine Auseinandersetzung zwischen Schwoerer ²²⁰⁾ und Lempp ²²¹⁾ besonders deswegen hervorzuheben ist, weil sie die Diskrepanz zwischen jugendpsychiatrischer und juristischer Praxis beispielhaft deutlich macht. Lempp ²²²⁾ als Jugendpsychiater ist der Ansicht, die auffallende Ignorierung des Wunsches des Kindes rühre offenbar noch von der alten, aus der patriarchalischen Gesellschaftsordnung stammenden Meinung, das Kind habe keinen eigenen Willen, dürfe keinen haben und wenn es ihn habe, müsse er zwangsläufig unvernünftig sein. Sicher sei der Wille des Kindes, besonders bei kleineren Kindern, "unvernünftig" d. h., von rationalen Überlegungen unbelastet, nichtsdestoweniger aber meist sinnvoll und dem eigenen seelischen Wohl dienend. Der Einwand, das Kinde habe wohl Wünsche, werde aber eben dorthin tendieren, wo es mehr verwöhnt werde, halte eigenen Beobachtungen nicht stand. Das Kind wisse wohl zu unterscheiden zwischen echter Zuwendung im Sinne des "bedingungslosen Angenommenseins" und der zweckgerichteten und neurotisch bedingten Verwöhnungshaltung seiner Beziehungsperson. Sicher sei es oft nicht einfach, den Willen des Kindes festzustellen, manchmal unmöglich und vielfach bestehe kein ausgeprägter Wunsch, sondern höchstens eine gewisse Tendenz, und manchmal seien die Kinder auch überfordert, sich für einen Elternteil zu entscheiden ²²³⁾. Man dürfe allerdings nicht erwarten, aus einer direkten

218) Giesen, RdJ 1972, 169; vgl. dazu Lempp, NJW 1963, 1659 ff; ders., NJW 1964, 400 ff; ders., NJW 1972, 315 ff; Haffter aaO, S. 64 ff

219) Vgl. die bei Fn.212 ff genannten Fälle

220) Schwoerer, NJW 1964, 5 ff

221) Lempp aaO, (Fn. 219)

222) Lempp, NJW 1963, 1660/1661

223) Lempp, NJW 1972, 315 ff (318)

Befragung der kleinen Schulkinder Aufschlüsse über ihre wahren Wünsche zu gewinnen. Damit wäre das Kind überfordert. Seinen tatsächlichen Willen könne man nur indirekt erfahren, durch Beobachtungen, zwanglose Unterhaltung, vor allen Dingen aber durch projektive Testuntersuchung. Hier äußere das Kind im Spiel und im Erfinden von Geschichten unbewußt seine Tendenzen, seine Zu- und Abneigungen.

Schwoerer 224) ist den Ausführungen Lempps entgegengetreten. Er hält dessen Annahme, daß der Wille auch des kleinen Kindes "meist sinnvoll und seinem Wohl dienend" sei, für sehr anfechtbar. Sei es schon schwer, den tatsächlichen Willen des Kindes zu erfahren, so sei auch dieser "tatsächliche" Wille eines kleinen Kindes mit Einschränkungen in der Regel nicht frei, sondern von dem Eltern- teil entscheidend beeinflußt, bei dem es sich befinde. Da die Zahl der für die Handlungsweise des Kindes möglichen Ursachen groß sei, müßten jedenfalls dem Laien projektive Testuntersuchungen wenig überzeugend erscheinen. Zudem halte er es für sicherer, Fest- stellungen über eine "echte Zuwendung" der Elternteile durch Unter- haltung mit diesen zu treffen, als auf dem Umweg zweifelhafter Testversuche mit dem Kind.

Man wird Lempp 225) in seiner Ansicht folgen müssen, daß die Ver- wirklichung des Kindeswohls ohne Feststellung seiner Wünsche, Ten- denzen, seiner subjektiven Einstellung und seiner Zu- und Abnei- gungen nicht möglich ist 226). Er betont richtig, daß diese Fest- stellung der Tendenzen der Kinder schon deswegen notwendig ist, weil jede Entscheidung, die dem Wunsch des Kindes entgegensteht, mit einem erhöhten Risiko einfach dadurch belastet wird, daß die affektive Verbindung zwischen dem Kind und dem von ihm nicht erwünschten Sor- geberechtigten von Anfang an einer besonderen Belastung ausgesetzt ist, die das Wohl des Kindes in Frage stellen kann. Aus diesem Grunde wird der verantwortungsvolle Vormundschaftsrichter, der die Begrenzt- heit seiner Erkenntnisquellen im Hinblick auf die Erforschung des Kin- deswillens kennt, trotz der von Schworer artikulierten allgemei-

224) Schworer, NJW 1964, 5 ff (7)

225) Lempp, NJW 1963, 1662; ders., NJW 1972, 318

226) Vgl. die Forderung nach größerer Berücksichtigung des Kindes- willens bei: Luther aaO, S. 161 ff (165); Potrykus aaO, S. 240; Becker, RdJ 1970, 367; Giesen aaO, S. 169/170; Stampfli, Die unvollständige Familie, S. 135; so jetzt auch die amtliche Begründung zum Sorgerechtsentwurf (vgl. Fn. 553)

nen juristischen Skepsis das fachlich qualifizierte Urteil einer anderen Disziplin heranziehen. Nur so kann er aus der Gefahr verallgemeinernder Entscheidungen herauskommen und sich ein möglichst vielseitiges Bild machen, aus dem er sein eigenes richterliches Urteil gewinnt ²²⁷⁾. Es wird ihm dann auch möglich sein, das von Schwoerer gegen die Berücksichtigung des Kindeswillens beigeuerte Argument am Einzelfall nachzuprüfen, daß nämlich die Äußerungen des Kindes regelmäßig auf dem Einfluß des die tatsächliche Sorge ausübenden Elternteils beruhen ²²⁸⁾. Dabei wird er sich aber von der übertriebenen Skepsis der Juristen gegen testpsychologische, insbesondere projektive Untersuchungsmethoden freimachen müssen, wenn sie von fachkundiger und erfahrener Hand durchgeführt worden sind, und außerdem die Erfahrung einer anderen Disziplin akzeptieren müssen, daß die Feststellung "echter Zuwendung" eines Elternteils zu dem Kind nicht allein durch Unterhaltung mit den Eltern zu gewinnen ist ²²⁹⁾.

Da aus psychologischer Sicht der Wille des Kindes einen bedeutenden Faktor für die Sorgerechtszuteilung darstellt, wenn er auch nicht mit dem Kindeswohl identisch ist, sollte in jedem Fall der Versuch gemacht werden, diesen Willen oder mindestens die Tendenz des Kindes in Erfahrung zu bringen ²³⁰⁾. Die Stellungnahme des Jugendamtes, die auch künftighin eingeholt werden muß, wird insoweit nicht immer eine zuverlässige Hilfe sein, es sei denn, die Jugendämter sind personell besser ausgestattet. Dann wird es nur durch eine sehr eingehende jugendpsychologische Untersuchung möglich sein, den wirklichen Willen des Kindes zu ermitteln ²³¹⁾. Ob der so ermittelte Wille auch berücksichtigt oder ob ihm infolge anderer äußerer Umstände nicht gefolgt werden kann, ist eine zweite Frage, die von Fall zu Fall entschieden werden muß ²³²⁾.

4. Berufstätigkeit der Eltern oder eines Elternteils

In 22 der 100 streitigen Fälle wurde die Frage der Berufstätigkeit ausdrücklich in den Entscheidungsgründen angesprochen und damit ersichtlich in die Erwägungen der Vormundschaftsgerichte mit einbe-

227) Vgl. Giesen aaO, S. 169/170

228) Vgl. Giesen aaO, Anm. 43

229) Lempp, NJW 1964, 440; Vgl. auch Quambusch aaO, S. 99/100

230) Lempp, NJW 1972, 318

231) Vgl. Luther aaO

232) Lempp, NJW 1964, 441; vgl. auch die Ausführungen zur "Reform", S. 147 ff

zogen. Mit welchem Gewicht sie dabei die Entscheidung unter dem Blickpunkt "Wohl des Kindes" beeinflusste, war unterschiedlich, je nachdem ob nur ein Elternteil arbeitete oder beide Eltern berufstätig waren.

Ging nur ein Elternteil einem Beruf nach, sahen die Vormundschaftsgerichte das Wohl des Kindes in der Regel bei dem Elternteil besser gewahrt, der nicht berufstätig war und das Kind auch erziehen konnte. Der berufstätige Elternteil hatte in diesen Fällen, selbst wenn er eine gute Erziehungseignung und eine große Zuneigung zu dem Kind hatte, kaum Aussicht, die elterliche Gewalt übertragen zu erhalten. Anschaulich wird dies in einem Verfahren festgestellt, in dem die Mutter zur Zeit der Sorgerechtsentscheidung noch Hausfrau war. Das Vormundschaftsgericht beschied den berufstätigen Vater (Vertreter, 37) mit folgenden Worten: "Das Gericht verkennt keineswegs, daß auch der Vater offensichtlich ein großes Interesse an seinen Kindern hat und nur ihr Bestes will. Er ist aber derzeit als Vertreter tätig und deshalb notgedrungen häufig unterwegs. Wird ihm die elterliche Gewalt übertragen, hätte dies zur Folge, daß das Kind sehr häufig sich selbst überlassen wäre. Insoweit sind die Kinder bei der Mutter weit besser aufgehoben" ²³³⁾.

Soweit die Mütter nicht berufstätig waren und auch nach der Scheidung Hausfrauen blieben, wurde ihnen aus naheliegenden Gründen die elterliche Gewalt übertragen ²³⁴⁾. Nur in einem dieser Fälle erhielt der berufstätige Vater (Architekt, 39) das Sorgerecht, weil die Mutter (26) allein schuldig geschieden worden war. In der ganztägigen Betreuungsmöglichkeit durch die Mutter, die von einer vorherigen Alkoholsucht befreit worden war, sah das Vormundschaftsgericht keinen schwerwiegenden Grund im Sinne des § 1671 Abs. 3 Satz 2, der Mutter die elterliche Gewalt zu übertragen, da dem Vater für die Erziehung neben der Großmutter eine angestellte Kinderschwester zur Verfügung stand ²³⁵⁾.

In dem einen Fall, in dem der Vater (38) wegen einer Invalidität nicht mehr berufstätig sein konnte, übertrug das Vormundschaftsgericht dennoch der Mutter (Hilfsarbeiterin, 30) die elterliche Gewalt über den Jungen (3). Es führte aus: "Zwar ist es richtig,

233) AG L X 458/65

234) AG K X 91/69; X 55/69; X 191/70; AG Gb X 89/69

235) AG OG X 9/67 (vgl. auch Fn. 140)

daß der Vater in der Lage wäre, sich ganztagig um das Kind zu kümmern. Andererseits ist er aber in der Pflege des Kindes durch seine Kriegsverletzung stark behindert und auf fremde Hilfe angewiesen. Er wäre nicht einmal in der Lage, das Kind zum Kindergarten zu bringen. Daß das Kind sich nur im Hausgarten und Hort aufhält, wäre seinem Wohl nicht dienlich" ²³⁶⁾.

Läßt sich eine einheitliche Wertung der Vormundschaftsgerichte bei der Berufstätigkeit nur eines Elternteils feststellen - von den Besonderheiten einzelner Fälle abgesehen -, kann dies aus dem Gesamtbild der Entscheidungen auch für die streitigen Fälle gesagt werden, in denen beide Eltern berufstätig sind. Die Vormundschaftsgerichte sinnen nicht darüber nach, ob die Berufstätigkeit beider Elternteile zweckmäßig ist. Exemplarisch dafür steht folgender Satz: "Gerade bei den heutigen Arbeits- und Lebensauffassungen wird es sich in Zukunft immer mehr einbürgern, daß beide Elternteile berufstätig sind" ²³⁷⁾. Für sie ist entscheidend, bei welchem Elternteil das Kind trotz dessen Berufstätigkeit noch die besten Entwicklungsmöglichkeiten vorfindet ²³⁸⁾.

Sie geben dabei fast durchweg der Erziehung durch die berufstätige Mutter den Vorzug. Dies lag zunächst einmal daran, daß die Mütter in vielen Fällen mit Rücksicht auf die Kinder ihre Arbeitszeit günstiger einteilten oder Tätigkeiten ausübten, die es ihnen erlaubten, die Kinder hinreichend zu betreuen, während die Väter - wohl aus ihrem traditionellen gesellschaftlichen Rollenverständnis heraus - in dieser Hinsicht keine Berufseinschränkung auf sich nahmen. So arbeiteten Mütter halbtags ²³⁹⁾, auch kombiniert mit Heimarbeit ²⁴⁰⁾, verkürzten die Arbeitszeit ²⁴¹⁾, oder legten sie günstiger (morgens 4.00 - 9.00 Uhr) ²⁴²⁾, nutzten die gleitende Arbeitszeit ²⁴³⁾ oder ihre Arbeitsstätte lag im eigenen Haus ²⁴⁴⁾. Nur in einem Fall fand sich ein Vater bereit, seine Arbeitsbedingungen zu ändern. Er gab eine aussichtsreiche Angestelltenstellung

236) AG L X 392/61

237) AG L X 136/68

238) AG L X 413/66; X 458/65; X 136/68; AG OG X 23/67; X 45/68; X 98/68; X 72/69; vgl. auch auszugsweise: AG K X 164/70; AG Ett X 97/68

239) AG L X 3 /69

240) AG L X 222/63; AG K X 164/70

241) AG L X 413/66

242) AG OG X 72/69

243) AG Wo X 141/65

244) AG L X 121/64; X 47/62 (Gastwirtin)

auf und nahm Heimarbeit an, um sich den Kindern widmen zu können²⁴⁵⁾.

In vielen Fällen war auch ohne die vorteilhafteren Arbeitsbedingungen der Mütter folgender Grund für die Zuteilung der Kinder an sie ausschlaggebend: Die Berufstätigkeit wurde in den streitigen Verfahren immer dann besonders angesprochen, wenn es um die elterliche Gewalt über Kleinkinder ging. Gerade bei diesen bringt die arbeitsbedingte Abwesenheit eines Elternteiles besondere Gefahren für die Entwicklung mit sich²⁴⁶⁾. Hier vertraten die Vormundschaftsgerichte die Ansicht, daß eine Pflege und Erziehung durch die gleichfalls berufstätige Mutter besser sei²⁴⁷⁾. Selbst wenn die berufstätigen Väter Betreuungs- und Erziehungsunterstützung durch Großeltern und andere Verwandte nachweisen konnten, war dies nicht ausreichend, weil die Mütter zumeist ebenfalls verwandtschaftliche Hilfe genossen²⁴⁸⁾. Darüber hinaus meinten die Vormundschaftsgerichte, in diesen Fällen würde die Erziehung dann überwiegend bei den Verwardten des Vaters liegen. Dem sei aber die Erziehung durch die eigene Mutter vorzuziehen. Hier waren seltene Ausnahmen nur dann zu finden, wenn die Mutter allein schuldig geschieden worden war²⁴⁹⁾ und zudem auch keine Unterstützung besaß²⁵⁰⁾.

Welchen Stellenwert der Faktor Berufstätigkeit dann einnimmt, wenn ein Elternteil allein schuldig geschieden war, ist wegen der geringen Zahl der Fälle nicht sicher zu beantworten. Soweit nur ein Elternteil berufstätig war, liegen lediglich die beiden bereits oben besprochenen Entscheidungen vor, wo den beiden beruflich nicht tätigen Müttern die elterliche Gewalt nicht übertragen wurde²⁵¹⁾. Eine allgemeine Aussage kann daraus für diese Fallgruppe nicht gezogen werden. Den beiden Fällen kann allenfalls eine Beurteilungstendenz insoweit entnommen werden, daß der nicht schuldig geschiedene berufstätige Elternteil sein Vorrecht gegenüber dem allein schuldig geschiedenen und nicht berufstätigen Elternteil dann durchsetzen kann, wenn ihm genügend Personen zur Ersatzbetreuung des Kindes zur

245) AG L X 223/68 (vgl. Fn.154)

246) Elisabeth Pfeil, Die Berufstätigkeit von Müttern, S. 344

247) AG L X 392/61; X 223/68; X 3/69; AG OG X 23/67; X 45/68; AG Ett X 97/68; vgl. auch die Ausführungen zur Erziehungseignung, S. 32/33

248) AG L X 413/66; X 262/63; X 47/62; X 136/68; AG Gb X 89/69; vgl. auch teilweise die Fälle vorher unter Fn.247

249) AG OG X 9/67

250) AG OG X 107/68; AG K X 88/69

251) AG OG X 9/67 (vgl. Fn.235); AG L X 163/64 (vgl. Fn. 142)

Verfügung stehen.

In den vier Fällen der Berufstätigkeit beider Eltern waren in zwei Fällen die Väter und in den beiden anderen die Mütter allein schuldig geschieden. Bei den allein schuldig geschiedenen Müttern lagen nach Auffassung der Vormundschaftsgerichte jeweils schwerwiegende Gründe für die Übertragung der elterlichen Gewalt auf die Mütter vor. Einmal arbeitete die Mutter (40), die das Vormundschaftsgericht als gut erziehungsgerechtigt ansah, nur halbtags und verrichtete anschließend noch leichtere Heimarbeit, so daß sie auch von den äußeren Verhältnissen her besser als der Vater (Elektroschlosser, 56) in der Lage war, die elterliche Gewalt über den Jungen (10) auszuüben ²⁵²⁾. - Die andere allein schuldig geschiedene Mutter (kfm. Angestellte, 25) zeigte erheblich mehr Interesse an dem Mädchen (5) als der Vater (Werkzeugmacher, 24), der die Erziehung des Kindes fast ausschließlich seiner Mutter überließ. In der Berufstätigkeit der Mutter sah das Vormundschaftsgericht für die Erziehung und für die Pflege des Kindes - es ging während der Arbeitszeit der Mutter in einen nahe der Arbeitsstelle gelegenen Kindergarten - keinen Nachteil ²⁵³⁾. - Dem einen der allein schuldig geschiedenen Väter (27) beschied das Vormundschaftsgericht, daß seine Vertretertätigkeit keinen genügenden Einfluß auf die Erziehung zulasse. In diesem Fall hatte die Mutter, bei der nach Ansicht des Vormundschaftsgerichts die Aussicht auf eine konsequente Erziehung bestand, ihre Arbeitszeit so gelegt (morgens 4.00 - 9.00 Uhr), daß sie tagsüber daheim sein und sich um die Kinder (Junge 4 u. Mädchen 2) kümmern konnte ²⁵⁴⁾. - In dem vierten Fall wollte der allein schuldig geschiedene Vater (Mechaniker, 24) seinen Eltern die Erziehung des Mädchens (4) überlassen. Dagegen hatte die Mutter (30), die eine kleine Gastwirtschaft betrieb, noch genügend Zeit, sich um das Kind (Mädchen, 4) zu kümmern ²⁵⁵⁾.

Drei der vier Fälle waren durch die Besonderheit geprägt, daß die Mütter günstigere Arbeitsbedingungen vorzuweisen hatten. Dennoch läßt sich aus ihnen - wenn auch wegen der geringen Fallzahl letztlich nicht sicher - auch für den Normalfall der Berufstätigkeit beider Eltern herauslesen, daß die Alleinschuld an der Scheidung den Stellenwert des Faktors Berufstätigkeit bei der Frage nach dem

252) AG K X 164/70

253) AG L X 136/68

254) AG OG X 72/69

255) AG L X 47/62

Wohl des Kindes nicht merklich beeinflußt. Sie zeigen, daß die Berufstätigkeit nicht isoliert von anderen Faktoren betrachtet werden kann, weil damit zumindest immer die Fragen nach der Möglichkeit der Betreuung der Kinder während der Arbeitszeit der Eltern verbunden sind. Deshalb lassen die Vormundschaftsgerichte in diesen Fällen insgesamt gesehen andere Faktoren, wie: Erziehungseignung, tatsächlicher Erziehungseinfluß, Interesse für das Kind, Möglichkeiten der Betreuung (günstige Arbeitsbedingungen, Hilfe durch Großeltern und andere Verwandte und Kindergarten) u. dgl., den Ausschlag dafür geben, ob schwerwiegende Gründe für die Übertragung der elterlichen Gewalt auf den allein schuldig geschiedenen Elternteil vorliegen. Diese Folgerung findet ihre Bestätigung auch in der bereits erwähnten Auffassung der Vormundschaftsgerichte, daß es bei der Berufstätigkeit beider Eltern entscheidend sei, bei welchem Elternteil das Kind noch die besten Entwicklungsmöglichkeiten vorfindet.

Es läßt sich damit feststellen, daß die Vormundschaftsgerichte den Einfluß der Berufstätigkeit der Eltern weitgehend einheitlich bewerten. Dies gilt für die Fälle der Berufstätigkeit nur eines Elternteils und der beider Eltern. Die Berufstätigkeit wirkt sich bei den Vätern, von wenigen Ausnahmen abgesehen, von vornherein ungünstiger aus als bei den Müttern. Einmal, weil das Problem der Berufstätigkeit meist dann in das Verfahren eingeführt wird, wenn es um das Sorgerecht für Kleinkinder geht. Darüber hinaus sind die berufstätigen Mütter in vielen Fällen bereit, sich - soweit dies überhaupt möglich ist - arbeitsmäßig so einzurichten, daß eine ausreichende Pflege und Erziehung der Kinder gewährleistet ist. Durch die Alleinschuld an der Scheidung wird die Bewertung des Faktors Berufstätigkeit zumindest in den Fällen der Berufstätigkeit beider Eltern nicht merklich beeinflußt.

Die Vorzugsstellung der arbeitstätigen Mütter entspricht auch dem Stand der heutigen Familienforschung. Obwohl sie noch nicht eindeutig geklärt hat, wie sich die Erwerbstätigkeit der Mütter auf die Kinder auswirkt ²⁵⁶⁾, sagen die auf statistischem Wege erarbeiteten Ergebnisse jedenfalls nicht, daß in jedem Fall mütterlicher

256) Lüschen-König aaO, S. 53 u. 58; Elisabeth Pfeil aaO, S. 346; Speck, Kinder erwerbstätiger Mütter, S. 118

Erwerbstätigkeit eine Beeinträchtigung der kindlichen Entwicklung eintreten muß 257). So neigt Pfeil 258) in ihrer Untersuchung dazu, Schädigungen durch die Erwerbstätigkeit nur für das Säuglingsalter und nicht für das Kindes- und Jugendalter vorauszusagen. Ob eine erzieherische Benachteiligung eintritt, ist immer abhängig von der Konstellation aller Entwicklungsbedingungen im Einzelfall. Als solche kommen neben dem Faktor der Erwerbstätigkeit der Mutter hauptsächlich die Qualität der Mutter-Kind-Beziehung, das erzieherische Geschick der Mutter, Wesen, Alter und Geschlecht des Kindes, die Qualität der Ersatzbetreuung sowie Faktoren der äußeren Familienstruktur in Betracht 259).

Kann die Auswirkung der Berufstätigkeit auf das Wohl des Kindes demnach - wie auch oben bereits festgestellt - nur im Zusammenhang mit anderen Faktoren richtig eingeschätzt werden, stellt sich damit immer die Frage nach Art und Qualität der Ersatzbetreuung während der Zeit der elterlichen Erwerbstätigkeit.

5. Ersatzbetreuung der Kinder während der elterlichen Berufstätigkeit

5.1 Verwandtenhilfe

Da die Väter fast durchweg und die Mütter zu einem beträchtlichen Teil nach der Scheidung berufstätig sind, stellt sich die Frage, wie die Kinder tagsüber untergebracht, beaufsichtigt und betreut werden. Die Antwort darauf kann entscheidend für die Übertragung der elterlichen Gewalt sein.

Welch zahlenmäßig wichtige Bedeutung in diesem Zusammenhang der Unterstützung durch Verwandte zukommt, wird durch die folgende Aufstellung verdeutlicht. Die erzielten Daten stellen allerdings nur untere Anhaltswerte dar, weil die Akten teilweise unergiebig waren. Zu der Tabelle selbst ist noch zu bemerken: Im Gegensatz zu den berufstätigen Vätern wurde bei den berufstätigen Müttern eine Differenzierung dahingehend nicht vorgenommen, ob ihnen trotz Berufstätigkeit die elterliche Gewalt übertragen wurde. Dagegen

257) Speck aaO

258) Elisabeth Pfeil aaO, S. 343 f

259) Speck aaO; Pfeil aaO, S. 348

wurde die Verwandtenhilfe nur notiert, wenn feststand, daß die Mütter berufstätig waren und die elterliche Gewalt erhielten.

	AG L		AG OG		AG K		AG Wo		AG Gb		AG Ob		AG Ett	
	V	M	V	M	V	M	V	M	V	M	V	M	V	M
Zuteilung	36	238	31	221	11	103	12	58	6	43	2	28	4	22
Berufstätigkeit	36	186	31	173	11	82	12	52	6	43	2	25	4	21
Verwandtenhilfe	19	93	13	75	9	43	9	26	6	17	2	16	3	14
Prozentual zur Berufstätigkeit	52	50	42	43	82	53	75	50	100	40	100	64	75	66

Wie der Tabelle zu entnehmen ist, erreicht die Verwandtenhilfe bei den berufstätigen Vätern die höchsten Prozentsätze und beträgt im Durchschnitt 75 %. Aber auch bei den berufstätigen Müttern ist der große Anteil von Fällen, in denen Verwandte unterstützend eingreifen, nicht zu übersehen. Er erreicht eine Quote von ca. 40 % aller registrierten berufstätigen Mütter in Offenburg und Gengenbach, beläuft sich auf 52 % bzw. 53 % in Lahr und Kehl und steigt bis auf 64 % bzw. 66 % in Oberkirch und Ettenheim an.

Berücksichtigt man, daß die hier vorliegenden Zahlen wegen der teilweise unergiebigem Akten höher sein dürften, decken sie sich in etwa mit denen, die Pfeil anlässlich einer empirisch-soziologischen Erhebung an rd. 1.000 erwerbstätigen Müttern aus vollständigen Familien in 8 Groß- und Mittelstädten der Bundesrepublik festgestellt hat. Danach ziehen 3/5 der Familien erwerbstätiger Mütter in den breiten Schichten der Arbeiter und Angestellten Verwandte zur Mithilfe heran. Bei den erwerbstätigen Müttern (205 Arbeiterinnen und Angestellte) mit einer Ehedauer von 5 Jahren lag die Quote sogar bei 79 %. Aus ihrem Zahlenmaterial folgerte sie, daß sich damit das Pathos der Zivilisationskritik erledige, die die städtische Familie als isolierte Kleinfamilie sehe und ihr das als Verfallsymptom zurechne. In Wirklichkeit antworte die heutige Familie elastisch auf

die Anforderungen der jeweiligen Situation. Die Vorstellung der auf sich verwiesenen Kleinfamilie müsse korrigiert werden. Das heiße nun nicht, daß der größere Familienzusammenhang sich notwendig in der gleichen Weise manifestiere wie in früheren Zeiten. Es komme nicht immer zum Zusammenwohnen, sondern in wachsendem Maße gewinne ein In-der-Nähe-Wohnen an Bedeutung. Der größere Familienzusammenhang bestehe, wenn auch räumlich dispers 260).

Diese Folgerung wird auch von Schelsky geteilt, der ebenfalls in steigendem Maße eine Einbeziehung der Großeltern, insbesondere der Großmütter in die Erziehungs- und Haushaltsaufgaben feststellt und dies als typisch für die Arbeiterfamilie bezeichnet 261).

Die ermittelten Ergebnisse zeigen die Möglichkeit einer den Umständen entsprechenden positiven Entwicklung der Kinder an. Auch die Vormundschaftsgerichte sehen allgemein in der Hilfe durch Verwandte einen günstigen Ansatz, das Wohl der Kinder zu fördern 262). Dies gilt insbesondere dann, wenn die Verwandten schon vor der Scheidung der Eltern die Kinder wegen der Berufstätigkeit der Eltern betreut haben. Nur so ist zu erklären, daß ihnen bei einem Versagen der Eltern im Hinblick auf ihre elterlichen Pflichten gegenüber den Kindern 263) oder wenn die Entwicklung der Verhältnisse der Eltern nach der Scheidung noch nicht klar waren 264), die Vormundschaft über die Kinder übertragen wurde.

Wie die Wertung der Vormundschaftsgerichte zum Ausdruck kommt, sollen zwei instruktive Fälle zeigen, in denen jeweils beide berufstätigen Elternteile eine Ersatzbetreuung durch ihre Eltern vorweisen konnten und sich die Vormundschaftsgerichte damit ausführlich auseinandersetzen:

Seit einem gemeinsam erlittenen Motorradunfall, der die Mutter zum Pflegefall werden ließ, lebten die Eltern getrennt. Das Kind (Mädchen, 6 1/2) befand sich zunächst beim Vater. Da dieser tagsüber berufstätig war, mußte es seine 55-jährige Mutter betreuen. Das Gericht führte dann weiter aus: "Die Überprüfung der häuslichen Verhältnisse durch das Gericht hat zwar ergeben, daß das Kind bei der Mutter des Vaters ordentlich untergebracht ist. Wesentlich besser gestaltet

260) Elisabeth Pfeil, Haushalt und Familie 1959, 137 ff

261) Schelsky, Wandlungen der deutschen Familie in der Gegenwart, S. 310

262) Vgl. stellvertretend: AG L X 95/65; X 434/68; X 338/62; AG OG X 107/68; AG Ob X 100/68; AG Wo X 22/68; X 90/68; AG Gb X 9/68

263) AG L X 95/65; X 434/68

264) AG Ob X 100/68

sich die Unterbringung, wenn das Kind zur Mutter kommt. Die Mutter hat bei ihrer Schwester ein großes Doppelzimmer zur Verfügung, wo das Kind gut untergebracht ist. Kommt es zur Großmutter mütterlicherseits, woran ebenfalls gedacht wird, dann sind die äußeren Umstände geradezu ideal. Richtig ist, worauf der Vater hinweist, daß die Mutter aufgrund der bei dem Unfall erlittenen Verletzungen selbst außerstande ist, das Kind zu pflegen. Die Schwester der Mutter hat sich jedoch bereit erklärt, genauso wie sie die Mutter pflegt, auch die Pflege des Kindes zu übernehmen. Das Gericht hegt keinen Zweifel daran, daß dieses Anerbieten von seiten der Schwester der Mutter ernst gemeint ist. Im Verhältnis zur kränkelden Mutter des Vaters ist sie eher imstande, für das Kind zu sorgen. Dies gilt auch für die Großmutter mütterlicherseits, die rüstiger ist als die Mutter des Vaters." Das Vormundschaftsgericht schließt dann seine Entscheidung mit folgender kritischer Bemerkung an die Adresse der Großmutter väterlicherseits: "Es kommt hinzu, daß die Mutter des Vaters, wie sich bei einer Unterhaltung mit ihr bei Überprüfung der häuslichen Verhältnisse ergab, in kaum mehr erträglichem Maß gegen die Mutter eingestellt ist, was sicherlich, würde ihr die Erziehung in der Hauptsache überlassen bleiben, für die Entwicklung des Kindes nicht von Vorteil wäre. Das Gericht gewann den Eindruck, daß demgegenüber die Schwester der Mutter und die Großmutter des Kindes keinen Haß gegen den Vater hegen und von ihrer Seite weniger eine gegen den Vater gerichtete Einflußnahme auf das Kind zu befürchten ist" 265).

In dem anderen Fall war die Mutter (Bedienung, 21) allein schuldig geschieden. Das Vormundschaftsgericht stellte fest, daß keine schwerwiegenden Gründe vorlagen, der Mutter die elterliche Gewalt über das Kind (Mädchen, 3) zu übertragen und fuhr dann fort: "Es kommt hinzu, daß das Wohl des Kindes mehr gefördert wird, wenn es von dem Vater und seiner Mutter betreut wird. Es kann nicht unberücksichtigt bleiben, daß die Großmutter (49) mütterlicherseits, die das Kind während der Berufstätigkeit der Mutter betreuen soll, längere Zeit in verworrenen Verhältnissen gelebt hat (Anm.: mit 20 Jahren drei nichteheliche Kinder, Alleinschuld an der späteren Scheidung, Schulden), die den erkennenden Richter in zahlreichen Verfahren häufig beschäftigt haben. Selbst wenn man unter-

stellt, daß die Großmutter mütterlicherseits diese Vergangenheit bewältigt hat, so muß doch davon ausgegangen werden, daß dieses Vorleben bei ihr einen bitteren Niederschlag hinterlassen hat. Deshalb ist zu prüfen, ob die Betreuung des Kindes durch die Mutter des Vaters nicht vorzuziehen ist. Diese Frage muß eindeutig mit Ja beantwortet werden. Frau M. ist, wie die Anhörung ergeben hat, charakterlich und gesundheitlich in der Lage, das Kind sittlich richtig zu lenken und es zu betreuen". Nachdem die Mutter des Kindes auch noch wegen eines Ladendiebstahls verurteilt worden war, meinte das Gericht: "Aufgrund der in diesem Fall gegebenen Verhältnisse erscheint es jedoch nicht vertretbar, dem Kind eine Umwelt vorzuenthalten, die nicht mit den Gegebenheiten belastet ist, wie sie oben über die Familie der Mutter festgestellt sind" ²⁶⁶⁾.

Die von den Vormundschaftsgerichten praktizierte Wertung liegt damit auf der Linie psychologischer Erkenntnisse, nach denen das Zusammenleben des Kindes mit der Mutter oder dem Vater und den jeweiligen Großeltern für das Scheidungskind sozial wie psychologisch eine der günstigsten familiären Konstellationen darstellt ²⁶⁷⁾.

Wie bereits aus den oben dargestellten beiden Beispielsfällen zu entnehmen ist, fehlt es in den Entscheidungen aber auch nicht an kritischer Würdigung der Verwandtenhilfe. Sie wurde dann als dem Wohl des Kindes nicht mehr förderlich angesehen, wenn die Verwandten eines Elternteils, denen die Erziehung und Betreuung der Kinder mit obliegen würde, charakterlich unzuverlässig ²⁶⁸⁾ oder gegen den anderen Elternteil eingestellt sind ²⁶⁹⁾. Letzteres wird außer in dem einen Beispielsfall noch einmal deutlich in einem anderen Verfahren angesprochen. Dort hatten nach der Trennung der Eltern erhebliche Spannungen eingesetzt, die vornehmlich auf dem Verhalten des Vaters sowie dessen Mutter gegenüber der Mutter des Kindes beruhten. Die Auseinandersetzungen hatten ein derartiges Maß angenommen, daß die Mutter ihr Kind, das auch früher schon während der Berufstätigkeit der Mutter von der Großmutter väterlicherseits betreut worden war, nur stundenweise und auf schriftliche Anmeldung hin besuchen durfte. Das Vormundschaftsgericht meinte, das während des Verfahrens zutage getretene Verhalten der Eltern des Vaters lasse in hohem Maße befürchten, daß das Kind durch deren

266) AG Wo X 22/66

267) Haffter aaO, S. 95 u. 108; Rempelin, Die seelische Entwicklung des Menschen im Kindes- und Jugendalter, S. 602

268) AG Wo X 22/66 (Fn. 266)

269) AG L X 338/63 (Fn. 265); X 359/62

Erziehung den Kontakt zu seiner eigenen Mutter verlieren würde und eine Entfremdung die Folge wäre. Diese Befürchtung war dann für das Vormundschaftsgericht auch einer der Gründe, der Mutter die elterliche Gewalt zu übertragen ²⁷⁰⁾.

Als mit dem Wohl des Kindes nicht vereinbart wird es auch angesehen, wenn egoistische Motive Triebfeder der Hilfsbereitschaft der Verwandten sind. So wurde einer Großmutter durch das Vormundschaftsgericht bedeutet, daß es ihr wohl nicht so sehr um die Unterstützung ihres Sohnes bei der Betreuung des Kindes, als vielmehr um das Kind selbst gehe. Dies entspreche jedoch nicht dem Sinn und Zweck des § 1671, wonach bei der Übertragung der elterlichen Gewalt die Eltern Vorrang vor allen anderen Personen genießen ²⁷¹⁾. Ein egoistisches Handeln sah das Gericht auch in dem Verhalten eines Großvaters, der zusammen mit dem Vater dem Kind (Jungen, 9) einredete, bei der Mutter und in der Schule nicht zu gehorchen, da dadurch dann die Möglichkeit bestehe, daß er zu ihnen kommen könne ²⁷²⁾. Insbesondere wird aber die Verwandtenhilfe kritisch geprüft, wenn sie faktisch die Erziehung des einen Elternteils ersetzen und der andere Elternteil von einer unter Umständen noch möglichen eigenhändigen Pflege und Erziehung ausgeschlossen würde. Besonders häufig kommt hierbei die Sachverhaltskonstellation vor, daß der berufstätige Vater die Erziehung und Betreuung seinen Eltern überläßt oder überlassen will, während die Mutter - auch wenn sie berufstätig sein sollte - gewillt ist, die elterliche Gewalt auszuüben. Hier genießt nach Ansicht der Vormundschaftsgerichte die Mutter den Vorrang, weil als gesichert angesehen wird, daß die Erziehung durch Großeltern einer solchen durch die eigene Mutter nachsteht und es auch nicht dem Wohl des Kindes entsprechen würde, wenn es praktisch von beiden Elternteilen getrennt wäre ²⁷³⁾.

Wie kritisch bisweilen die Verwandtenhilfe betrachtet wird, zeigt folgender Beispielsfall, in dem das Vormundschaftsgericht folgendes ausführte: Zwar sei nach den Angaben des berufstätigen Vaters die in der Nähe wohnende Schwester bereit, morgens und mittags für den Jungen (10) zu sorgen. Diese Lösung biete aber eine zu geringe Sicherheit für die genügende Aufsicht über U. und die Sorge für sein leibliches Wohl. Diese Personen seien dem Kind gegenüber in keiner Weise verpflichtet und könnten jederzeit nach eigenem Gutdünken

270) AG Ob X 72/70 (Fn. 128)

271) AG L X 136/68 (Fn. 253)

272) AG L X 173/62

273) AG L X 136/68; X 137/62; X 173/62; X 262/63; X 180/67; X 71/69; ähnlich X 413/66; AG Ob X 72/70 (mit Hinweis auf: Thomae, Handbuch der Psychiatrie, Bd. III, 1958, S. 251 ff); AG K X 164/70; AG Gb X 9/68; AG OG X 72/69

ihre Sorgemaßnahmen einstellen, ferner hätten sie verständlicherweise nicht dasselbe persönliche Interesse an dem Wohlergehen des Kindes wie die eigene Mutter. Wörtlich fuhr das Vormundschaftsgericht dann fort: "Sie können, selbst ihren guten Willen unterstellt, nicht annähernd dem Jungen die notwendige und für die Gesamtentwicklung des Kindes entscheidende mütterliche Liebe und Nestwärme geben, die er in seiner jetzigen Umgebung empfängt" 274).

5.2 Bekannte, Kindergarten, Pflegestellen

Wenn berufstätige Elternteile, denen die elterliche Gewalt zugeteilt wird, keine Verwandtenhilfe in Anspruch nehmen können, müssen sie oft auf die Unterstützung anderer Personen ausweichen. Der sich damit stellenden Frage, welche Bedeutung die Ersatzbetreuung bei Bekannten, in Kindergärten und in Pflegestellen für die Entscheidung der Vormundschaftsgerichte hat, konnte jedoch nur anhand einiger weniger Entscheidungen nachgegangen werden.

Mit Sicherheit - weil selbstverständlich - kann angenommen werden, daß die Vormundschaftsgerichte es nur schwer mit dem Wohl des Kindes als vereinbar ansehen, wenn die Kinder während der Berufstätigkeit der Eltern keine Ersatzbetreuung genießen. Diese Wertung wird, wenn auch nur durch eine Entscheidung, in der über diese Fallgestaltung zu befinden war, bestätigt. In dem Fall wuchs der Junge (9) ohne genügende Aufsicht und ohne geregeltes Essen auf. Zudem ließen ihn die Verwandten nicht mit seinem Bruder (11) spielen, den sie nur allein versorgten. Zu diesen Umständen meinte das Vormundschaftsgericht dann auch, daß sie keinesfalls dem Wohl des Kindes entsprächen 275).

Damit wird aber bereits deutlich, daß die Vormundschaftsgerichte der Unterbringung bei Bekannten, im Kindergarten oder in einer Pflegestelle während der Erwerbstätigkeit der Eltern gesteigerte Beachtung schenken müssen. Die auswertbaren Verfahren insgesamt lassen erkennen, daß sie dies auch tun. Sie zeigen, daß bei Berufstätigkeit der Eltern und bei gleichzeitig nicht vorhandener Verwandtenhilfe die Vormundschaftsgerichte immer die Frage nach sonstigen Möglichkeiten der Betreuung und Aufsicht ansprechen 276).

274) AG K X 164/70 (Fn. 130)

275) AG L X 359/62 (vgl. auch Fn. 153)

276) AG L X 392/61; X 169/62; X 20/63; X 170/66; X 413/66; X 119/68; X 223/68; X 136/68; X 129/68; X 334/70; AG Wo X 38/70; AG Ob X 72/70

Dies geschieht allerdings in der Regel nur sehr kurz. So heißt es dann in den Entscheidungsgründen z. B. nur: "Während der berufsbedingten Abwesenheit der Mutter befindet sich das Kind in einer guten Pflegestelle" ²⁷⁷⁾; "Das Kind ist gut versorgt. Auch die Schwestern in der Kinderkrippe bestätigen dies" ²⁷⁸⁾. In zwei anderen Fällen kommt die Wertung so zum Ausdruck: "Allerdings ist die Mutter berufstätig, so daß sie sich an Werktagen nur in der Mittagspause und am Abend selbst um die Kinder kümmern kann. Solange sich die Kinder in dieser Zeit nicht im Kindergarten aufhalten, nimmt sich Frau G., eine - wie ihre Anhörung ergeben hat - sehr mütterliche Frau, der Kinder an" ²⁷⁹⁾; "Und das Vormundschaftsgericht traut der Mutter durchaus zu, in kurzer Zeit ein natürliches Verhältnis zu dem Kind zu gewinnen, das dessen körperlichem und geistigem Wohlergehen förderlich ist. Hierbei war auch zu beachten, daß das Kind in Bälde in den Kindergarten kommt" ²⁸⁰⁾.

Lediglich in drei Verfahren waren längere Ausführungen über die jeweilige Ersatzbetreuung festzustellen. So in einem Fall, in dem die Möglichkeit einer Ersatzbetreuung ausschlaggebend für die Übertragung der elterlichen Gewalt war: Das Kind, das sich während des Getrenntlebens der Eltern bei der berufstätigen Mutter (30) befand, war bereits in mehreren Pflegestellen. Wegen erneuter Unzulänglichkeit einer Pflegestelle brachte die Mutter das Kind dann zum Vater (41), der es von der im selben Haus wohnhaften Frau H. versorgen ließ. Die Pflege und Betreuung durch Frau H. war gut. Kurze Zeit später nahm die Mutter das Kind wieder zu sich und brachte es zu Frau D. in Pflege. Der katholische Fürsorgeverein hatte auch diese Pflegestelle für gut befunden. Nachdem Frau D. aufgrund veränderter familiärer Verhältnisse nicht mehr in der Lage war, das Kind dauernd in Pflege zu nehmen, brachte es die Mutter wieder zum Vater. Das Vormundschaftsgericht meinte, daß durch den ständigen Wechsel der Pflegestellen und durch das Hin- und Herreißen des Kindes zwischen den Eltern sein Wohl gefährdet werde. Nachdem die Mutter selbst keine Angaben darüber machen könne, wie das Kind in Zukunft versorgt werden solle - sie selbst werde weiterhin berufstätig sein - entspreche es dem Wohl des Kindes unter Berücksichtigung der ge-

277) AG L X 119/68

278) AG L X 20/63

279) AG L X 223/68; vgl. Fn. 154

280) AG Ob X 72/70; vgl. Fn. 270

samten Umstände am besten, wenn es bei dem Vater verbleibe. Die dem Vater zur Verfügung stehende Pflegestelle sei gut ²⁸¹⁾. - In den zwei anderen Fällen wurde die Ersatzbetreuung durch den Kindergarten ausführlich angesprochen und als solche schon positiv für die Entwicklung des Kindes bewertet. So war in der einen Entscheidung ausgeführt: "Gerade für Einzelkinder ist es weitaus besser, wenn sie den Kindergarten besuchen. Es ist dagegen nichts einzuwenden, wenn die Mutter es den ganzen Tag im Kindergarten läßt und es nur zu Mittag mit nach Hause nimmt, wenn es auch wünschenswert wäre, daß das Kind den Kindergarten nur halbtags besuchen könnte" ²⁸²⁾. In der zweiten Entscheidung wurde sogar die Betreuungsmöglichkeit durch einen Großelternteil gegenüber der durch den Kindergarten abgewogen. Das Vormundschaftsgericht vertrat dabei die Auffassung, daß die Betreuung durch die Großmutter väterlicherseits keinen Vorzug biete. Die Unterbringung der Kinder berufstätiger Eltern in Kinderhorten bürgere sich immer mehr ein. Gerade hier könnten sie durch geschulte Kräfte gut versorgt werden und fuhr dann fort: "Der 5jährigen P. wird es auch im Hinblick auf ihre körperliche und geistige Entwicklung gut tun, wenn sie mit vielen anderen Kindern zusammen kommt und lernen muß, sich an diese zu gewöhnen und mit ihnen auszukommen. Denn diese Konfrontation wird spätestens in einem Jahr mit der Einschulung des Kindes unumgänglich" ²⁸³⁾.

5.3 Zusammenfassung

Insgesamt läßt sich festhalten, daß alle Vormundschaftsgerichte bei Berufstätigkeit der Eltern der Ersatzbetreuung, sei es durch Verwandte oder infolge fehlender Verwandtenhilfe durch Bekannte, Kindergärten und Pflegestellen eine mitentscheidende Bedeutung für die Übertragung der elterlichen Gewalt beimessen. Mangelnde Aufsicht, unregelmäßige Betreuung und fehlende Spielmöglichkeiten mit gleichaltrigen Kindern werden als dem Wohl des Kindes nicht dienlich angesehen.

Zu einem ausschlaggebenden Faktor für die Übertragung der elterlichen Gewalt wurde die Ersatzbetreuung vor allem in den beiden Fällen, in denen die beiden allein schuldig geschiedenen Mütter nicht berufstätig waren und dennoch nicht die elterliche Gewalt über die Kinder

281) AG L X 169/62

282) AG L X 392/61

283) AG L X 136/68 (Fn. 271)

übertragen erhielten. Dafür war neben ihrer Alleinschuld an der Scheidung letztlich die Tatsache entscheidend, daß den beiden berufstätigen Vätern genügend Aufsichts- und Betreuungspersonen zur Verfügung standen 284).

Als besonders vorteilhafte Betreuungsmöglichkeit wird neben der durch Verwandte, vor allem, wenn sie die Kinder bereits vor der Scheidung der berufstätigen Eltern betreut haben, die durch die Kindergärten angesehen. Ihr Besuch wird ausdrücklich als förderlich für die körperliche und geistige Entwicklung des Kindes bezeichnet.

Soweit sich die Akten überhaupt daraufhin auswerten ließen, in welchem Umfang berufstätige Eltern Unterstützung durch andere Personen als Verwandte in Anspruch nehmen, ergab sich folgendes zusätzliches Bild:

AG	Be- kannte		Kinder- garten		Pflege- stellen		Total	Verwand- tenhilfe total
	V	M	V	M	V	M		
L	3	8	3	16	5	9	44	112
OG	1	10	-	15	1	5	32	88
K	-	1	-	2	2	7	12	52
Wo	-	1	-	6	2	2	11	35
Gb	1	3	-	3	-	-	7	23
Ob	-	-	-	2	-	-	2	18
Ett	-	-	-	1	-	2	3	17

Die hier ermittelten Zahlen gewinnen ihren Sinn dadurch, daß man sie im Zusammenhang mit denen über die Verwandtenhilfe sieht. Nur so erhält man ein Gesamtbild über das Ausmaß der Versorgung der Scheidungskinder. Bedenkt man überdies, daß viele Mütter weiterhin Hausfrauen bleiben, teils auch unterstützt von der Sozialfürsorge, daß nicht wenige Kinder wegen ihres bereits fortgeschrittenen Alters keiner ganztägigen Aufsicht bedürfen oder noch andere Formen der Unterstützung ²⁸⁵⁾ gegeben sind, kann trotz einer unvermeidlich gewordenen Unvollständigkeit der Auswertung folgendes festgehalten werden: Bis auf wenige Ausnahmen, die dann auch meist zur Anordnung einer Vormundschaft führen, sind die Kinder nicht sich selbst überlassen, sondern es ist zumindest eine Beaufsichtigung und Art Für-

284) Vgl. Fn. 251

285) Sozialfürsorge: AG L :5; OG:15; K:9; Wo:5; Ob:1; Gb:2; Ett:1; Pflegeheime: AG L:3; Gb:3; Haushälterin: AG L:2; Internat: AG Ob:1

sorge für sie gewährleistet, vor allem auch in den Fällen, in denen beide Eltern berufstätig sind.

6. Stiefeltern

Nicht selten heiraten die geschiedenen Elternteile später wieder, wobei geschiedene Männer weit häufiger eine neue Ehe eingehen, als geschiedene Frauen. Nach dem Mikrozensus 1974 standen 882.000 geschiedenen Frauen nur 532.000 geschiedene Männer gegenüber 286). Da das Sorgerechtsverfahren sofort nach Rechtskraft des Scheidungsurteils eingeleitet wird, ist die Stiefelternfrage nur dann ein Teil der vormundschaftsrichterlichen Erwägung, wenn ein Elternteil im Laufe des Verfahrens geheiratet hat oder es abzusehen ist, daß er dies demnächst beabsichtigt. Die in diesen Fällen dann zu entscheidende Frage, ob das Wohl der Kinder wegen der Persönlichkeit des Stiefelternteils und seines erzieherischen Einflusses gewahrt ist, wird nur selten vertieft. Nur in einem der registrierten streitigen Fälle, die das Stiefelternverhältnis berührten 287), hatte dieses einen bestimmenden Einfluß auf die Entscheidung.

In den meisten Fällen beschränkte sich die Ermittlungstätigkeit der Vormundschaftsgerichte auf die Übernahme der in den Jugendamtsberichten vorgenommenen Beurteilung des Stiefelternverhältnisses. Damit unterließen sie es dann auch, sich wenigstens einen persönlichen Eindruck vom zukünftigen Stiefelternteil der Kinder zu verschaffen, was sicherlich ohne große Umstände möglich gewesen wäre. In zwei Fällen waren dem Vormundschaftsgericht immerhin Tatsachen über den Stiefelternteil bekannt, aufgrund deren es versuchte, das Stiefelternverhältnis zu den Kindern zu beurteilen:

Ein Vormundschaftsgericht sprach u. a. wegen des Stiefvaters Bedenken gegen die Eignung der Mutter als elterliche Gewaltinhaberin aus. Gegen diesen war ein Ermittlungsverfahren anhängig, in dem ihm Unzucht mit einer Minderjährigen vorgeworfen wurde. Das Verfahren wurde offensichtlich nur deswegen eingestellt, weil nicht auszuschließen war, daß das Mädchen zur Tatzeit bereits über 14 Jahre alt war. Das Vormundschaftsgericht hielt es demnach nicht für ausgeschlossen, daß dem 8-jährigen Mädchen von Ihrem Stiefvater gewisse

286) Stat. Jahrb. 1976, S. 61

287) AG L X 320/70; X 136/68; X 456/61; X 240/68; X 134/69;
AG K X 88/69; AG Ett X 97/68; AG Ob X 72/70

Gefahren drohten, wenn es dafür im Moment auch noch keine Anhaltspunkte sah. Ansonsten setzte es sich aber nicht mit der tatsächlichen Beziehung zwischen dem Kind und dem Stiefvater auseinander, obwohl das Kind im Haushalt der Mutter und des Stiefvaters verblieb 288). - Im zweiten Fall hatte sich der Stiefvater des 5-jährigen Mädchens in einem ausführlichen Brief an das Vormundschaftsgericht gewandt. Der Brief war sprachlich gewandt formuliert, sachlich abgefaßt und führte bislang nicht bekannte Gesichtspunkte auf, die bei der Sorgerechtsentscheidung bedacht werden sollten. Die Begründung des Vormundschaftsgerichts läßt erkennen, daß dieser Brief seine Entscheidung und auch sein Bild von dem Stiefvater beeinflusst hat. Es stellte fest, daß dieser sich um ein nettes Verhältnis zu dem Kind bemühe. Dafür spreche vor allem die Tatsache, daß der Stiefvater mit der Mutter zusammen das Kind alle 2 Wochen über eine Entfernung von ca. 150 km besucht habe. Darüber hinaus lebe der Stiefvater mit der Mutter offensichtlich in einer harmonischen Ehe, in der alles darauf angelegt sei, das Kind zu sich zu nehmen 289).

Läßt der zuletzt geschilderte Fall noch eine Auseinandersetzung des Vormundschaftsgerichts mit dem Einfluß des Stiefelternteils auf das Wohl des Kindes erkennen, hieß es in anderen Entscheidungen im Einklang mit den Berichten der Jugendämter nur, die Kinder hätten einen guten Kontakt zu dem neuen Ehemann 290) oder zwischen der neuen Ehefrau des Vaters und dem Sohn (5) bestünden gute Beziehungen 291). In einem weiteren Verfahren wurde lapidar festgestellt: "Die Kinder werden von der Haushälterin des Vaters, die er heiraten will, versorgt". 292).

Diese geringe Bereitschaft der Vormundschaftsgerichte, den Einfluß des Stiefelternerverhältnisses auf das Wohl des Kindes eingehend zu ermitteln und sich damit auseinanderzusetzen, ist nicht allein mit Schwierigkeiten bei der Ermittlung des tatsächlichen Hintergrundes eines Stiefelternerverhältnisses zu erklären. Sie hängt auch damit zusammen, daß es allgemein schwierig ist, aufgrund des meist erst kurze Zeit dauernden Verhältnisses eine Prognose für die Zukunft zu stellen. Deutlich wird dies in folgender Begründung: "Das jetzt 7-jährige Kind wird bei der Stiefmutter voraussichtlich alles vor-

288) AG L X 456/61

289) AG L X 136/70

290) AG L X 320/70

291) AG L X 240/68

292) AG L X 134/68

finden, was es zu seiner seelischen und geistigen Entwicklung braucht" 293). Sie hat ihre Ursache weiterhin in der Haltung, daß dem Kind eines Tages ein fremder Erziehungseinfluß doch nicht erspart bleibe und diese Tatsache deshalb hinzunehmen sei. Als Beispiel hierfür mag folgende Entscheidungspassage dienen: "Auch der Vater wird das Kind in eine dauernde Verbindung mit einer fremden Person bringen müssen und kann eigentlich dieser Zwangslage nur ausweichen, wenn er eine neue Ehe eingeht. Damit ist aber ebenso wenig zu gewährleisten, daß das Kind sich an eine Stiefmutter besser anschließt, als an einen Stiefvater" 294).

Letztlich hängt die festgestellte Zurückhaltung der Vormundschaftsgerichte wohl auch mit einer Unsicherheit hinsichtlich der Bewertung des Einflusses des Stiefelternverhältnisses zusammen. Dies ist zumindest deswegen zu vermuten, weil bereits eine unterschiedliche Bewertung in einer Entscheidung eines Vormundschaftsgerichts und in einer Beschwerdeentscheidung des dem Vormundschaftsgericht übergeordneten Landgerichts festzustellen war. So hatte das Vormundschaftsgericht in seiner Entscheidung, in der es sich mit der Frage des Stiefelternverhältnisses näher beschäftigte und es als bestimmend für seine Entscheidung - Übertragung der elterlichen Gewalt auf die Mutter - ansah, daß sich der Vater in Kürze zu verheiraten beabsichtige, folgende Auffassung vertreten: Die Erziehung durch die Stiefmutter mit einem weiteren eigenen Kind sei selbst bei Zugrundelegung besten Willens bei der Stiefmutter kaum geeignet, dem Wohl des Kindes zu entsprechen. In aller Regel könne die Stiefmutter die leibliche Mutter nicht ersetzen. Aber auch hier könne ein Gegen-schluß nicht ausgeschlossen werden. Es bestehe im Ergebnis allerdings eine starke Vermutung dahin, daß zwei Kinder aus verschiedenen, gescheiterten Ehen von ihren nunmehrigen Elternteilen, die ja dann Stiefeltern seien, ungleich erzogen würden 295). Im Gegensatz dazu meinte das Landgericht Offenburg in einem Verfahren in der 2. Instanz, es könne nicht allgemein gesagt werden, daß das geistige und leibliche Wohl des Kindes aus der ersten Ehe gefährdet sei, wenn Kinder aus zweiter Ehe vorhanden seien 296).

Eine konkrete Hilfestellung zur Lösung des Einzelfalles haben die

293) AG K X 88/69

294) AG Ett X 97/68

295) AG Ob X 72/70

296) AG L X 134/63

Vormundschaftsgerichte aus der zahlreichen Literatur zur Stiefelternfrage nicht zu erwarten 297). Sie können sich allenfalls an allgemeinen Aussagen über verschiedene Sachverhaltskonstellationen orientieren. Die Frage, inwieweit sich die Beziehungen des Kindes zum Stiefelternteil vorteilhaft gestalten, bleibt damit in jedem Einzelfall abzuklären. Das Ergebnis hängt dabei von mannigfachen Faktoren ab: Alter und Geschlecht des Kindes, Geschlecht des Stiefelternteils, Zahl der leiblichen Kinder, wirtschaftliche Lage, am meisten aber vom Charakter- und Persönlichkeitsniveau des Stiefelternteils 298). Daher wird es auch in Zukunft den Vormundschaftsgerichten und nach dem 1.7.1977 den Familiengerichten nicht erspart bleiben, durch gründliche Ermittlungen, die zum Zeitpunkt der Entscheidung herrschenden Verhältnisse festzustellen und, aufbauend darauf, über die zukünftige Entwicklung des Stiefelternverhältnisses nachzudenken und darüber eine Prognose zu wagen. Die von der Literatur erarbeiteten allgemeinen Aussagen können dabei lediglich als Entscheidungshilfen und Orientierungspunkte dienen, die eigene Arbeit der Gerichte aber nicht ersetzen.

7. Sittliches Verhalten der Eltern

Häufig kommt es deshalb zur Ehescheidung, weil ein Elternteil seine ehelichen Treuepflichten durch Ehebruch oder sonstigen ehewidrigen Kontakt zu einem anderen Partner oder überhaupt seine Pflichten zur ehelichen Lebensgemeinschaft durch sittlich und moralisch vorwerfbares Verhalten verletzt hat. Nicht selten werfen sich deshalb die Eltern in den streitigen Sorgerechtsverfahren diese Pflichtverletzungen mit der Folgerung vor, sie ließen den anderen Elternteil zur Erziehung nicht geeignet erscheinen. In gleicher Weise wird bisweilen argumentiert, wenn einer der Eltern sich bereits kurz nach der Scheidung einem neuen Partner zugewandt hat und in dem naheheiligen Intimverhältnis eine sittliche Gefährdung der Kinder gesehen wird.

297) Remplein aaO, S. 603/604; Deutsch, Psychologie der Frau, S. 295 ff; Stern, Praxis für Kinderforschung 1928, 145; Haffter aaO, S. 96 ff/110 ff; Hoenig, Zeitschrift für Kinderforschung 1929, 321 ff (Zusammenfassung); Kistler, Heilpädagogische Werkblätter 1955, 142 ff

298) Remplein aaO

Wie die Vormundschaftsgerichte das Wohl des Kindes durch ehewidrige Verhaltensweisen und nacheheliche Intimverhältnisse der Eltern beeinflußt sehen, soll zunächst (7.1 und 7.2) anhand der Fälle dargestellt werden, in denen kein Elternteil allein schuldig geschieden war, die Entscheidung also allein auf § 1761 Abs. 3 Satz 1 beruhte.

7.1 Ehebrecherisches oder nacheheliches Verhältnis eines Elternteils

Soweit sich die Vormundschaftsgerichte überhaupt in der Lage sahen, den Vorwurf eines unsittlichen Verhaltens auf seine Richtigkeit zu überprüfen 299) - Anhaltspunkte oder eine Vorklärung brachte in vielen Fällen bereits der Scheidungsprozeß 300) - mußten sie sich in erster Linie mit einer möglichen sittlichen Gefährdung der Kinder durch ein ehebrecherisches oder nacheheliches Intimverhältnis eines der Elternteile auseinandersetzen. Während dies in 9 Fällen 301) die Mutter betraf, wurde ein solches Verhältnis nur einem Vater vorgeworfen 302).

Wie die Vormundschaftsgerichte ein ehebrecherisches Verhältnis der Mutter bewerteten, das bereits vor dem Getrenntleben der Eltern begann, zeigt beispielhaft folgender Auszug aus einer Entscheidungsbegründung eines Vormundschaftsgerichtes: "Das Gericht verkennt zwar nicht, daß es vor allem für die sittliche Entwicklung der Kinder nicht gerade günstig ist, daß sie mit ansehen müssen, daß ihre Mutter ein offensichtlich ehebrecherisches Verhältnis zu einem anderen Mann unterhält. Die daraus resultierende Gefahr erscheint aber doch nicht so erheblich, daß es erforderlich gewesen wäre, die Ausübung der elterlichen Gewalt einer dritten Person oder Stelle zu übertragen. Letztlich hält das Gericht es für besser, wenn sie in ihrer Umgebung bei ihrer Mutter bleiben, die sich redlich um das Wohl der Kinder bemüht" 303). Ähnlich urteilte ein

299) Vgl. AG L X 338/67 u. AG K X 7/66, wo dies nicht der Fall war
300) z.B. AG Gb X 27/67; AG K 91/69; AG OG X 72/69; AG L X 465/61

301) Verhältnis bestand bereits vor der Scheidung: AG L X 456/61;
X 131/69; X 262/63; AG OG X 42/67; X 18/67; AG Ett X 97/68;
nacheheliches Intimverhältnis: AG L X 338/67; AG OG X 18/67;
Getrenntleben: AG L X 180/67

302) Verhältnis bestand vor Getrenntleben: AG Ob X 64/67

303) AG L X 180/67; vgl. auch AG Ob X 99/68

Vormundschaftsgericht in einem Fall, in dem die Beziehungen der Mutter zu einem Griechen den Ausschlag für die Scheidung gaben. Das Vormundschaftsgericht meinte: "Die Mutter hat zwar in der Ehe gefehlt. Einen Lebenswandel, der der Übertragung der elterlichen Gewalt auf sie widerspricht, führt sie jedoch nicht" 3o4).

Über ein naheheliches Intimverhältnis einer Mutter hatte ein Vormundschaftsgericht zu befinden, nachdem der Vater moralische Bedenken gegen die Mutter wegen ihrer Beziehungen zu einem anderen Mann geäußert hatte. Das Vormundschaftsgericht übertrug der Mutter die elterliche Gewalt und stellte dabei fest: "Trotz gewisser Bedenken gegen den Lebenswandel der Mutter sind die Kinder bei ihr besser aufgehoben als in einem anderen Haushalt" 3o5). In einem gleichgelagerten Fall kam das Landgericht Offenburg in seiner Beschwerdeentscheidung zu demselben Ergebnis. Nachdem das Vormundschaftsgericht keine Feststellungen über eine sittliche Gefährdung bei der Mutter treffen konnte, führte das Landgericht aufgrund seiner weiteren Ermittlungen dann aus: "Entscheidende Gründe, der Mutter die elterliche Gewalt nicht zu übertragen, weil das Kind bei ihr sittlich gefährdet ist, bestehen nicht. Es wird nicht verkannt, daß das Verhalten der Mutter gegenüber dem mehrere Jahre jüngeren Mann nicht unbedenklich ist. Immerhin hat hierdurch ihr Ruf, wie das Jugendamt erst jüngst bestätigt, nicht gelitten. Doch wird die Mutter in Zukunft etwas vorsichtiger - jedenfalls wenn das Kind in der Nähe ist - sein müssen" 3o6).

Die Beispielsfälle zeigen, daß die Vormundschaftsgerichte die Erziehungseignung der Mutter und damit die Möglichkeit, ihr die elterliche Gewalt zu übertragen, durch ein ehebrecherisches oder naheheliches Intimverhältnis nicht übermäßig berührt sehen, wenn damit keine Anhaltspunkte für einen ausschweifenden Lebenswandel verbunden sind. Grundlegend für diese Bewertung ist die von einem Vormundschaftsgericht ausgesprochene Erkenntnis, daß aus der Einstellung der Kindesmutter zur ehelichen Treue keine zwingenden Schlüsse auf ihre Eignung zur Erziehung der Kinder gezogen werden dürften 3o7). So entschieden sich die Vormundschaftsgerichte in 7 der 8 Fälle für die Übertragung der elterlichen Gewalt auf die

3o4) AG L X 262/63; vgl. auch AG OG X 42/67

3o5) AG OG X 18/67

3o6) LG OG in Akte L X 338/67

3o7) AG Ob X 72/7o mit Hinweis auf Haffter aaO

Mutter. Nur in einem Fall traf ein Vormundschaftsgericht eine andere Entscheidung. Hier war neben dem ehebrecherischen Verhältnis der Mutter weiter ausschlaggebend, daß diese Alkohol zu sich nahm, sich deswegen häufig in Gastwirtschaften aufhielt, in einer Notwohnung hauste und der neue Lebenspartner unzuverlässig war 308).

Der einzige Fall, in dem einem Vater ein unsittlicher Lebenswandel wegen seines ehebrecherischen Verhältnisses zu einer Frau vorgeworfen wurde, führte zu einer Zuteilung der Kinder an die Mutter. Er verdient wegen seiner ausführlichen Begründung durch das Vormundschaftsgericht eine nähere Betrachtung: Nachdem die Ehefrau eines 32-jährigen Landwirts, mit dem sie zusammen 4 Kinder (1-9) hatte, zur Entbindung ihres 5. Kindes ins Krankenhaus gegangen war, zog die Geliebte ihres Mannes, mit der er seit Jahren ein intimes Verhältnis hatte, in das gemeinsame Anwesen des Elternpaares. Sie blieb auch dort, als die Mutter der Kinder aus dem Krankenhaus zurückkam. Als die Mutter erneut zur Entbindung eines Kindes den Hof verließ und dieser wegen Überschuldung zwangsversteigert werden sollte, brachte der Vater einen großen Teil des Hausrates nach L. ins Haus seiner Geliebten, die selbst ein landwirtschaftliches Anwesen besaß, und zog mit den Kindern zu ihr. - Das Vormundschaftsgericht führte aus: Die für die Kinder zuvor erkennbare Ungewöhnlichkeit der zeitweiligen Hausgemeinschaft ihres Vaters mit einer anderen Frau neben seiner eigenen, und die daraus resultierenden, für die Kinder fühlbaren Spannungen zwischen den Eheleuten sowie ihre Kenntnis des weiter andauernden ehebrecherischen Verhältnisses des Vaters mit jener Frau würde sie in einen gefährlichen Zwiespalt zwischen der Unterrichtung über ein sittliches, geordnetes und nur in einer Ehe anerkanntes Zusammenleben von Mann und Frau und von dem hier abweichenden Verhalten ihres Vaters bringen. Ordnungsbegriffe, die heute für die Gemeinschaft verbindlich seien und den Kindern und Jugendlichen im Elternhaus, in der Schule und in der Kirche vermittelt würden, würden fragwürdig, wenn diese Kinder tagtäglich in anderen Verhältnissen leben müßten. Durch die Trennung von ihrem Vater und Frau R. erführen sie, daß deren Zusammenleben nicht gebilligt werden könne, weil es der noch bestehenden Ehe ihrer Eltern widerspreche. Dadurch könnten sie zu einem klaren und kritischen Verständnis von Sitte

308) AG L X 131/69; vgl. Fn. 196

und Ordnung erzogen und angeleitet werden. Diesen Erwägungen stehe nicht entgegen, daß die Kinder zur Zeit von Frau R. gut versorgt würden. Ihre künftige Entwicklung dürfe nicht nur unter dem Aspekt des körperlich gesunden Aufwachsens gesehen werden. Es müsse vielmehr berücksichtigt werden, daß die Kinder auch sittlich geprägt werden und dabei in jungen Jahren, in denen sie noch nicht selbst urteilen und entscheiden könnten, die Ehe und Familie als Institution der Gemeinschaftsordnung erkennen sollten ³⁰⁹⁾. - Der ausführlichen Begründung durch das Gericht ist im Ergebnis auch deshalb zuzustimmen, weil sich, was auch dem Gericht bekannt war, die Bevölkerung von M. und L. über das Verhalten des Vaters und seiner Geliebten empört hatte und das Zusammenleben der beiden an Fastnacht Gegenstand einer eindeutigen Darstellung im Fastnachtsumzug gewesen war. Eine andere Entscheidung wäre deshalb in den kleinen Gemeinden auch aus gesellschaftlichen Gründen dem Wohl der Kinder abträglich gewesen.

7.2 Unsittlicher Lebenswandel

Was die Mütter betraf, mußten sich die Vormundschaftsgerichte in zweiter Linie mit dem Vorwurf beschäftigen, jene trieben einen unsittlichen und verantwortungslosen Lebenswandel, insbesondere durch wechselnde Männerbekanntschaften. Während sich in einem Fall dieser Vorwurf nicht nachweisen ließ ³¹⁰⁾, wurde in zwei solcher Verfahren der Mutter die elterliche Gewalt nicht übertragen. Im ersten Fall führte ein Vormundschaftsgericht dazu aus: "Wie bereits das Landgericht in den Scheidungsgründen festgestellt hat, nimmt es die Mutter mit Männerbekanntschaften nicht sehr genau. Sie war oft von zu Hause fort, hat sich in Wirtschaften herumgetrieben und sich auch sonst nicht um das Kind gekümmert". Das Landgericht stellte in der Beschwerdeinstanz hierzu ergänzend fest, daß sich dieses Verhalten kaum mit der seelischen Belastung durch eheliche Schwierigkeiten erklären lasse ³¹¹⁾. - Im zweiten Fall begründete ein Vormundschaftsgericht seine Entscheidung damit, daß durch die ständig wechselnden Männerbekanntschaften auf engstem Raum und durch die Berufstätigkeit der Mutter als Serviererin, die sie oft bis 1 Uhr nachts beanspruche,

309) AG Ob X 64/67

310) AG K X 7/66

311) LG OG in Akte; AG Gb X 27/67

das Kind nicht nur sittlich gefährdet sei, sondern auch zu verwahrlosen drohe ³¹²⁾.

Ein vierter Fall, bei dem es um unsittliche Verfehlungen einer Mutter ging, wird hier - obwohl die Mutter allein schuldig geschieden war - dargestellt, weil ihm möglicherweise eine hiervon unbeeinflusste Bewertung des Vormundschaftsgerichtes entnommen werden kann und das Landgericht hierzu eine abweichende Auffassung vertrat. Die Mutter (24) hatte sich seit dem 21. Lebensjahr mit 3 Jugendlichen im Alter von 14 - 16 Jahren öfters eingelassen, wobei jedes Mal der Anstoß dazu von ihr ausgegangen war. Offensichtlich sah das Vormundschaftsgericht im Einklang mit dem Jugendamt in dem Verhalten der Mutter keinen das Kindeswohl in der Zukunft gefährdenden Vorgang, denn es setzte sich mit ihm in seinen Entscheidungsgründen nicht auseinander. Allerdings ist nicht auszuschließen, daß das Vormundschaftsgericht sich diese Auseinandersetzung einfach deshalb ersparte, weil es im Endergebnis die Kinder (5 u. 3) bei der Mutter keinesfalls erheblich besser aufgehoben wußte als beim Vater und deshalb keine schwerwiegenden Gründe nach § 1671 Abs. 3 Satz 2 vorlagen, um der Mutter die elterliche Gewalt zu übertragen. Im Gegensatz zu ihm sprach das Landgericht die Überzeugung aus, daß die Mutter wegen ihrer sittlichen Verfehlungen nicht die für die Kinder erforderliche charakterliche Reife habe und daß es schon deshalb dem Wohl der Kinder widerspreche, die Kinder zu der Mutter zu geben ³¹³⁾.

Neben dem einen Ehebruchsverhältnis traf die Väter der Vorwurf eines unsittlichen Lebenswandels in 2 Fällen wegen sexueller Verfehlungen ³¹⁴⁾, in 2 Fällen wegen eines unsteten und strafrechtlich relevanten Lebenswandels ³¹⁵⁾ und in einem Fall wegen Trunksucht. In allen Verfahren konnten die Vorgänge nachgewiesen werden. Nur in einem Fall wurde dem Vater die elterliche Gewalt zuerkannt ³¹⁶⁾. Die Eltern hatten vereinbart, daß jeder ein Kind zu sich nimmt. Nachdem sich der Vater dabei für den Jungen (5) und nicht für das Mädchen (4) ausgesprochen hatte, waren für diesen in sexueller Hinsicht keine Nachteile zu erwarten und die Bedenken des Vormund-

312) AG K X 30/67

313) AG OG X 459/68

314) AG L X 381/67 (gegenüber den eigenen Kindern); X 240/68 (Bestrafung nach § 183 StGB)

315) AG K X 55/69 (Vermögensdelikte, Unterhaltungspflichtverletzungen)
X 95/67 (8 Monate Gefängnisstrafe)

316) AG L X 240/68

schaftsgericht nicht mehr so schwerwiegend, daß es der Vereinbarung der Eltern nicht mehr hätte folgen können.

Insgesamt ist den dargestellten Entscheidungen zu entnehmen, daß die Vormundschaftsgerichte das Wohl des Kindes durch den unsittlichen Lebenswandel eines Elternteils in der Regel gefährdet sehen und deshalb eine Übertragung der elterlichen Gewalt auf diesen Elternteil ablehnen. Auch die Entscheidung in dem Fall mit der allein schuldig geschiedenen Mutter steht diesem Auswertungsergebnis nicht entgegen, weil dort dieselbe Bewertung über die Anwendung von § 1671 Abs. 3 Satz 2 in die Entscheidung eingegangen sein kann 317).

7.3. Alleinschuldspruch und sittliches Verhalten

Das Argument des unsittlichen Verhaltens eines Elternteils wog bei den Entscheidungen der Vormundschaftsgerichte durchweg schwerer, wenn sinetwegen ein Elternteil allein schuldig geschieden worden war. Dies gilt gerade für die Fälle, in denen ein ehebrecherisches Verhältnis zur Ehescheidung führte³¹⁸⁾. Hier hoben die Vormundschaftsgerichte im Gegensatz zu den Fällen ohne Alleinschuldspruch nicht darauf ab, ob aufgrund des ehebrecherischen Verhältnisses im konkreten Fall eine Gefährdung des Kindeswohls zu befürchten war, sondern stellten in den Mittelpunkt ihrer Entscheidungen die Frage, ob gem. § 1671 Abs. 3 Satz 2 schwerwiegende Gründe für eine Übertragung der elterlichen Gewalt auf den allein schuldig geschiedenen Elternteil vorlagen. Wie dabei die Begründungen ausfielen, zeigen zwei Fälle besonders deutlich:

Nachdem ein Vormundschaftsgericht ausgeführt hatte, daß das Wohl des Kindes (Junge, 4) bei der Mutter an sich besser gewahrt sei, sah es hierin im Sinne von § 1671 Abs. 3 Satz 2 noch kein erhebliches Übergewicht gegenüber einer Übertragung der elterlichen Gewalt auf den Vater. Es wies dann darauf hin, daß § 1671 Abs. 3 Satz 2 auch ein Schutz der Ehe als sozialer Institution sei und auch aus diesem Grunde dem ehetreuen Teil das Kind verbleiben solle, und fuhr fort: "Es ist aus dieser Sicht verständlich, daß der Vater es für ihn als einen nicht zu ertragenden Gedanken bezeichnet, sein Kind werde im Haushalt des Mannes aufwachsen, der seine und seiner

317) Vgl. Fn. 313

318) Vgl. AG L X 480/70; X 320/70; X 136/68; X 163/64; X 86/64; AG OG X 207/65; X 107/68; X 72/69; Ob X 99/68; Wo X 22/66

Schwester Ehe zerstört habe. Dieser Einstellung des Vaters kann man das Verständnis nicht versagen. Er weist nicht zu Unrecht darauf hin, daß die Mutter schon vor der Ehescheidung darauf hingewiesen worden sei, an das Schicksal ihres Kindes zu denken" ³¹⁹⁾.

- Im zweiten Fall sah das Vormundschaftsgericht ebenfalls keine schwerwiegenden Gründe, um der allein schuldig geschiedenen Mutter die elterliche Gewalt zu übertragen. Das Landgericht habe, davon sei auszugehen, überzeugend festgestellt, daß die Mutter (21) die Ehe zerrüttelt und damit dem Kind (Mädchen, 3) die Erziehung durch beide Elternteile genommen habe. Die Mutter sei es gewesen, die entgegen den Abmachungen vor der Eheschließung die Bande mit der Familie gebrochen habe. Diese Tatsache rechtfertige es, nach dem Wortlaut des Gesetzes zu entscheiden, da das Scheidungsgericht die Scheidungsschuld der Mutter zutreffend festgestellt habe ³²⁰⁾.

Auch dann, wenn ein Elternteil einen unsittlichen oder moralisch vorwerfbaren Lebenswandel geführt hatte oder auch noch führte, urteilten die Vormundschaftsgerichte wie in den vorbeschriebenen Fällen. So beschied ein Vormundschaftsgericht eine allein schuldig geschiedene Mutter wie folgt: "Auf eine gewisse Unstetigkeit ihrer Persönlichkeit läßt es schließen, daß sie vor dem Scheidungsverfahren mehrfach ihre Familie verlassen hat, um zu anderen Männern zu ziehen. Bei der eindeutigen Regelung des § 1671 war unter Berücksichtigung der Scheidungsschuld die elterliche Gewalt dem Vater zu übertragen" ³²¹⁾. - Einer anderen allein schuldig geschiedenen Mutter, die während der Ehe alkoholsüchtig war und es mit der ehelichen Treupflicht nicht so genau genommen hatte, wurde die elterliche Gewalt über das Kind (Junge, 3 1/2) mit Hinweis auf § 1671 Abs. 3 Satz 2 nicht übertragen. Obwohl sie von ihrer Alkoholsucht befreit war und sich ganztags um das Kind hätte kümmern können, weil sie keiner Berufstätigkeit nachzugehen brauchte, sah das Vormundschaftsgericht deswegen das Vorrecht des schuldlos geschiedenen Vaters nicht ausgeschaltet. Es meinte, der Vater habe bei seiner Anhörung die ihn bewegenden Gründe hinreichend dargetan und diese seien von eindringlicher Überzeugungskraft ³²²⁾.

319) AG L X 163/64;

320) AG Wo X 22/66; vgl. dazu auch Fn. 148

321) AG K X 88/69; vgl. auch AG OG X 459/68 (Fn. 139)

322) AG OG X 9/67; vgl. auch Fn. 140

7.4. Zusammenfassung

Soweit das sittliche Fehlverhalten eines Elternteils Gegenstand der Entscheidung in den streitigen Sorgerechtsverfahren war, überwogen die Fälle, in denen die Väter ein entsprechendes Verhalten der Mütter zum Anlaß nahmen, um eine Übertragung der elterlichen Gewalt auf sich zu erreichen. Dies gilt auch für die Entscheidungen nach § 1671 Abs. 3 Satz 2: In den 9 Fällen eines ehebrecherischen Verhältnisses waren in 8 Fällen und in den 5 Fällen eines unsittlichen Lebenswandels waren in drei Fällen Mütter betroffen. Ein Grund hierfür ist, daß die Väter häufiger allein schuldig geschieden wurden³²³⁾. Eine weitere Ursache ist wohl darin zu suchen, daß die Väter ebenso wie die Vormundschaftsgerichte die Kinder im allgemeinen bei den Müttern besser aufgehoben wissen³²⁴⁾ und dies gerade in den Fällen nicht mehr gewährleisten sehen, in denen die Mütter keinen einwandfreien sittlichen Lebenswandel geführt haben und deswegen auch allein schuldig geschieden wurden.

Mit ihrem Vorwurf eines ehebrecherischen Verhältnisses der Mutter blieben die Väter praktisch erfolglos, weil die Vormundschaftsgerichte in dieser Tatsache zumeist keine nennenswerte Gefährdung des Kindeswohls sahen. Der eine Erfolgsfall kann nicht mitgezählt werden, weil weitere Faktoren ausschlaggebend waren³²⁵⁾. Die Entscheidungen der Vormundschaftsgerichte und damit die Bewertung des Kindeswohls fielen allerdings anders aus, sobald die Mütter wegen eines ehebrecherischen Verhältnisses allein schuldig geschieden wurden. Hier erhielten sie die elterliche Gewalt nur dann übertragen, wenn dafür schwerwiegende Gründe nach § 1671 Abs. 3 Satz 2 vorlagen. In den Fällen eines unsittlichen Lebenswandels kamen die Entscheidungen nach § 1671 Abs. 3 Satz 1 und Satz 2 schon deswegen zum gleichen Ergebnis, weil die Vormundschaftsgerichte bereits in einem sittlich ausschweifenden und die Kinder vernachlässigenden Lebenswandel eines Elternteils eine Gefährdung des Kindeswohls sahen und deshalb eine Übertragung der elterlichen Gewalt auf diesen Elternteil ausschlossen.

Die von den Vormundschaftsgerichten gerade bezüglich der Mütter

323) Vgl. S. 106

324) Vgl. Abschnitt "Die Mutter als bessere Erzieherin", S. 32/33

325) Vgl. Fn. 308

getroffenen Entscheidungen entsprechen auch den Untersuchungen in der Literatur, wonach der Ehebruch der Mutter und das sich oft daraus entwickelnde Verhältnis, noch nicht gegen ihre Eignung als Erzieherin spricht. Haffter ³²⁶⁾ stellt bei seiner Analyse zwei extreme Typen von "Ehebrecherinnen" fest: Einerseits die triebhafte oder haltlose Mutter, die meist mit verschiedenen Männern flüchtige Beziehungen unterhält und für die Zuteilung der Kinder nicht in Frage kommt; andererseits die in ihrer Ehe unglückliche Frau, die sich dauerhaft an einen anderen Mann bindet. Diese setze sich allerdings ins Unrecht und scheine vielfach die Alleinschuldige zu sein, während es dem Vater oft gelinge, als korrekt und moralisch einwandfrei dazustehen. Mit Recht könne man einwenden, daß es für das Empfinden des Vaters verletzend sei, seine Kinder nicht nur der ehebrecherischen Mutter, sondern auch noch dem Ehebrecher zur Erziehung zu überlassen. Dazu sei aber allgemein zu sagen, daß die für die Kinder beste Maßnahme kaum je ohne Verletzung des rechtlichen oder moralischen Empfindens eines der Elternteile getroffen werden könne. Siebecke ³²⁷⁾ kommt in seiner psychologischen Betrachtung der ehebrecherischen Frau zu ähnlichen Feststellungen. Sehr typisch für sie sei, daß sie gemeinhin nicht die Abwechslung suche, auch nicht etwa nur einem neuartigen Reiz verfallende. Der geliebte Mann biete ihr die Liebes- und Entfaltungsmöglichkeiten, die sich bei ihrem Ehemann ersehnt habe.

8. Erziehungskontinuität und Umgebungswechsel

In den streitigen Verfahren müssen sich die Vormundschaftsgerichte nicht selten mit der Frage auseinandersetzen, ob ein Herausnehmen des Kindes aus seiner gewohnten Umgebung seinem Wohl dienlich ist. Hierzu besteht vor allen Dingen dann Anlaß, wenn die Eltern vor der Scheidung bereits kürzere oder längere Zeit getrennt gelebt haben ³²⁸⁾ und das Kind seitdem bei einem Elternteil gelebt hat

326) Haffter aaO, S. 106; vgl. auch dessen Ausführung zum Konkubinat der Mutter, S. 103-105

327) Siebecke, in: Giese, Mensch, Geschlecht, Gesellschaft, S. 652; vgl. auch Willy, ebenda, S. 647

328) AG L X 351/66: 2 Jahre; AG K X 164/70 u. X 191/70: 2 Jahre; X 66/67: 3 Jahre; AG OG X 244/66: 8 Jahre; vgl. auch AG OG X 18/66; AG Wo X 141/65; X 132/65; AG Ob X 62/70; AG Gb X 17/69

oder wenn das Kind noch während der Ehe in einer Pflegestelle untergebracht war ³²⁹⁾ oder wenn es überwiegend von den Großeltern eines Elternteils betreut worden ist ³³⁰⁾.

Auffällig in diesen Fällen ist die Einmütigkeit der Vormundschaftsgerichte bei der Bewertung dieses Faktors und das nicht unerhebliche Gewicht, das sie ihm bei ihren Entscheidungen beimessen. Durchweg stehen die Vormundschaftsgerichte in diesen Fällen auf dem Standpunkt, daß die Kinder nicht aus ihrer gewohnten Umgebung herausgerissen werden dürfen, weil es wegen der Wichtigkeit einer kontinuierlichen Erziehung in ihrem Interesse liege, bei den Elternteilen, die sie bisher betreut hätten, belassen zu werden ³³¹⁾. Einige Zitate aus verschiedenen Entscheidungen sollen dies verdeutlichen: Bei Kindern, die bereits seit ca. 2 Jahren bei der Mutter wohnten, meinten die Vormundschaftsgerichte: "Es kann dem 6 Jahre alten Kind schlechthin nicht zugemutet werden, aus seiner vertrauten Umgebung herausgerissen zu werden" ³³²⁾. "Es ist unklug, die Kinder (8-12) aus der vertrauten Umgebung herauszunehmen; ihre Entwicklung wird dadurch erheblich gestört" ³³³⁾. "Das Kind (Junge, 10) hat bei der Mutter durch Schule und Bekanntschaft einen festen Bezug zu diesem Lebenskreis gebildet, aus dem es nicht ohne zwingende Notwendigkeit herausgerissen werden sollte" ³³⁴⁾. In einem anderen Fall, in dem ein Kind (Junge, 8) seit seiner Geburt und auch während des Bestehens der Ehe der Eltern bei den Eltern der Mutter untergebracht war, entschied ein Vormundschaftsgericht: "Würde nunmehr der Vater das Kind aus der gewohnten Umgebung herausnehmen, dazu wäre er jederzeit in der Lage, wenn er die elterliche Gewalt erhielte, dann würde das grob dem wohlverstandenen Interesse des Kindes zuwiderlaufen" ³³⁵⁾. Auch in 2 Fällen, in denen die Kinder nach der Scheidung erst kurze Zeit bei der Mutter waren, meinten die beiden Vormundschaftsgerichte: "Es wäre daher für die Entwicklung der Kinder (1, 3, 6) im Sinne einer leiblich-seelischen und gesellschaftlichen Tüchtigkeit (§ 1 JWG) nachteilig, würde man sie aus der gewohnten Umgebung der Mutter herausreißen und in eine

329) AG L X 334/70

330) AG L X 6/63

331) Vgl. hierzu auch Staudinger-Schwoerer, § 1671, Anm. 89; Soergel-Lange, § 1671, Anm. 26; Palandt-Lauterbach, § 1671, Anm. 3; vgl. hierzu auch Dittmann, ZblJugR 1977, 194, der auf die Abhandlung von Hassenstein (vgl. Fn. 480) verweist

332) AG L X 351/66

333) AG K X 191/70

334) AG K X 164/70

335) AG L X 6/63

fremde Umgebung bringen" 336). "E. ist erst 8 Jahre alt. Eine Änderung des bestehenden Erziehungsverhältnisses würde zu einer Verwirrung und Schädigung des Kindes führen. Dagegen erlebte es das Zusammenleben mit der Mutter und deren Eltern als familiären Schutz und Grundlage eines ungestörten Reifeprozesses" 337).

Nach Auffassung der Vormundschaftsgerichte soll demnach ein Kind nicht ohne Notwendigkeit aus dem festen Bezug zu einem Lebenskreis herausgerissen werden, weil seine Entwicklung durch die Veränderung der Umwelt und Erziehungspersonen erheblich gestört werden kann 338). Sie sind nur dann bereit, von dieser Linie abzugehen, wenn Vorteile zu erwarten sind, die die Nachteile aufwiegen, welche mit der Herausnahme des Kindes aus seiner vertrauten Umgebung verbunden sind. Dies beweist die folgende Entscheidungsbegründung: "Obwohl sich das Kind seit kurzer Zeit bei den Eltern des Vaters befindet, steht eine Übertragung der elterlichen Gewalt auf die Mutter das Argument nicht durchschlagend entgegen, daß dies einen Bruch der Erziehungskontinuität mit sich bringt. Zwar ist grundsätzlich ein solches Argument geeignet, in der Frage der Zuteilung der elterlichen Gewalt eine Rolle zu spielen, jedoch ist das Vormundschaftsgericht angesichts aller Aspekte für die zu treffende Regelung der Ansicht, daß es sich für das Wohl des Kindes eher zuträglich erweist, diesen Bruch in Kauf zu nehmen. Hierdurch werden im Ergebnis die negativen Umstände ausgeschlossen, die bei einem Verbleib des Kindes beim Vater die Folge sein würden. Das Vormundschaftsgericht traut der Mutter durchaus zu, in kurzer Zeit ein natürliches Verhältnis zu dem Kind zu gewinnen, das dessen körperlichem und geistigem Wohlergehen förderlich ist" 339).

Die einzige Entscheidung, in der die Alleinschuld eines Elternteils an der Scheidung und die Frage eines Umgebungswechsels des Kindes eine mitentscheidende Rolle spielten, fällt aus der beschriebenen Wertung heraus. Hier hatte die aufgrund sittlicher und moralischer Verfehlungen allein schuldig geschiedene Mutter die Übertragung der elterlichen Gewalt über die bei ihr und ihrer Mutter lebenden 3jährigen Tochter beantragt 340). Obwohl das Vormundschaftsgericht

336) AG Gb X 17/69

337) AG K X 7/66

338) s. AG Ob X 62/70

339) AG Ob X 72/70

340) AG Wo X 22/60; vgl. auch "Verwandtenhilfe" (5.1), Fn. 266 und "Alleinschuld und sittliches Verhalten" (7.3), Fn. 320

den Einwand der Mutter, der Vater habe zu dem Kind nie einen rechten Kontakt gehabt, nicht entkräften konnte, kam es, nachdem das Kind auch von der von früher sittlich und moralisch vorbelasteten Großmutter betreut wurde, zu der Überzeugung, das Kind müsse aus seiner Umgebung herausgenommen werden und stellte dann fest:

"Dieser Umgebungswechsel ist im Hinblick auf das Alter des Kindes nicht von erheblichem Gewicht". In der Beschwerdeinstanz trat das Landgericht der Ansicht des Vormundschaftsgerichts bei, indem es keinen entscheidenden Vorteil darin sah, daß das Kind mittlerweile an das Leben bei der Mutter gewöhnt war. Es meinte, ein Kind mit 3 Jahren könne in der Regel ohne dauernde nachteilige Folgen die Umgebung und die Personen seines täglichen Lebens wechseln. Nichts spreche dafür, daß das Kind im vorliegenden Fall seelisch derart empfindlich sei, daß aus einem solchen Wechsel ein Schaden zu befürchten wäre.

Mit diesen Feststellungen setzten sich das Vormundschaftsgericht und auch das Landgericht in Widerspruch zu der sonst anzutreffenden Bewertung der Vormundschaftsgerichte, wonach ein Wechsel der Erziehungsperson und der Umwelt das Wohl des Kindes erheblich stören kann. Dennoch ist dieser einzelne Fall nicht geeignet, die generelle Aussage über die Bewertung der Vormundschaftsgerichte in Frage zu stellen. Es ist nämlich nicht zu übersehen, daß eine Gefährdung des Kindeswohls durch einen Umgebungswechsel des Kindes für möglich gehalten wurde und daß im übrigen die Bewertung hier sehr stark unter dem Einfluß der Scheidungsschuld der Mutter und dem Vorleben der Großmutter stand.

Die dargestellte Haltung der Vormundschaftsgerichte kann zur Folge haben, daß derjenige Elternteil, der nach der Trennung von seinem Ehepartner zunächst die tatsächliche Sorge für die Kinder allein übernimmt, um so bessere Aussichten hat, die elterliche Gewalt zu erhalten, je länger der vorläufige Zustand andauert. Der andere Elternteil hat jedoch rechtliche Möglichkeiten, diesen "Vorteil" zu verhindern. Nach § 1672 kann er bei nicht nur vorübergehender Trennung beim Vormundschaftsgericht eine Regelung der elterlichen Gewalt beantragen und im Scheidungsverfahren gem. § 627 ZPO eine einstweilige Anordnung durch das Scheidungsgericht herbeiführen³⁴¹⁾.

341) Beide Möglichkeiten bleiben nach der Reform (vgl. S. 143 ff) bestehen (§ 1672 n.F. BGB und § 620 Ziff. 1 n.F. ZPO)

Läßt er diese Möglichkeit ungenutzt, muß er es hinnehmen, wenn später ein Umgebungswechsel nicht mehr im Interesse des Kindes liegt.

9. Trennung von Geschwistern

Die seelische und geistige Entwicklung des Kindes wird auch von den Geschwistern geformt ³⁴²⁾. Ihre Anwesenheit im Elternhaus gibt jedem Kind die Möglichkeit, sich in vielseitiger Hinsicht als Mitglied der Gemeinschaft zu üben, und bereitet es auf die späteren zwischenmenschlichen Beziehungen vor, auf die Kinder-spielgruppe, auf die Schule. Geschwister lernen, wie man zusammen-arbeitet, wetteifert und einen Vergleich zustande bringt, wie man sich verteidigt, ausweicht, angreift, flieht. Ältere Geschwister finden allmählich Gefallen daran, kleinere Geschwister zu besitzen und sie zu betreuen ³⁴³⁾. Daher wird es gerade auch von Kindern für die Regelung der elterlichen Gewalt als besonders wichtig empfunden, daß sie zusammen aufwachsen ³⁴⁴⁾.

Trotzdem kommt es in der Praxis immer wieder zur Trennung von Geschwistern. So wurden hier 41 solcher Verfahren festgestellt ³⁴⁵⁾. Wesentlich dabei war, daß diesen Geschwistertrennungen überwiegend, nämlich in 35 Fällen ³⁴⁶⁾, eine Vereinbarung der Eltern zugrunde lag. In drei weiteren Verfahren lagen ebenfalls Vereinbarungen über die Trennung von Geschwistern vor, allerdings nur bezüglich eines Teiles der Kinder ³⁴⁷⁾. Bemerkenswert an den Vereinbarungsfällen ist, daß die Vormundschaftsgerichte sich den Vereinbarungen der Eltern bis auf einen Fall ³⁴⁸⁾ ohne weiteres anschlossen, falls das Jugendamt die Vereinbarung befürwortete ³⁴⁹⁾. Nur wenn das Jugendamt die Vereinbarung über die Trennung der Kinder einmal mißbilligte ³⁵⁰⁾ oder wenn sich die Eltern nur bezüglich eines Teiles der

342) Remplein aaO, S. 605-607

343) Cameron, in: Giese aaO, S. 578/579; vgl. auch Mayntz, Die moderne Familie, S. 97; Joppich, Das Kind im Jahrhundert des Kindes, S. 19

344) Müller-Freienfels aaO, S. 401

345) AG L:12; AG OG:4; AG K:8; AG Wo:10; AG Gb:5; AG Ob:2; AG Ett:0

346) AG L:10; AG OG:3; AG K:7; AG Wo:9; AG Gb:4; AG Ob:2

347) AG L X 351/66; AG K X 55/69; X 92/65

348) AG L X 131/69; vgl. auch Fn. 196

349) Vgl. im übrigen die Haltung der Vormundschaftsgerichte zu den Vereinbarungen der Eltern, S. 60/61

350) AG L X 19/70

Kinder einigen konnten ³⁵¹⁾ oder an der Teilungsvereinbarung nicht mehr festhalten wollten ³⁵²⁾, beschäftigen sich die Vormundschaftsgerichte näher mit der Frage, ob eine Trennung der Kinder ihrem Wohl entsprach. In einem weiteren Verfahren sah sich ein Vormundschaftsgericht wohl nur deshalb dazu genötigt, weil die Eltern hintereinander verschiedene Vereinbarungen getroffen hatten ³⁵³⁾.

Wenn die Vormundschaftsgerichte in den zuletzt genannten Fällen eine Trennung der Kinder anordneten, taten sie dies, weil dadurch ein bereits seit 2 Jahren andauernder Zustand sanktioniert wurde ³⁵⁴⁾, eine andere Entscheidung wegen der bereits erfolgten Auswanderung von Mutter und Kind nach Kanada kaum sinnvoll gewesen wäre ³⁵⁵⁾ oder weil die Versorgung unzureichend gewesen wäre, hätte man alle Kinder einem Elternteil überlassen ³⁵⁶⁾. Im allgemeinen aber lehnten alle Vormundschaftsgerichte die Trennung von Geschwistern ab. Die grundsätzliche Auffassung hierzu formulierte ein Vormundschaftsgericht wie folgt: "Die getrennte Erziehung von Kindern sollte nur in Ausnahmefällen bei Vorliegen ganz besonders dafür sprechender Umstände geschehen" ³⁵⁷⁾. Ein anderes Vormundschaftsgericht meinte ergänzend hierzu, ein gemeinsames Aufwachsen der Kinder sei für ihre Entwicklung förderlich. Es liege nicht im Interesse der Kinder, die Familie noch weiter auseinanderzureißen. Die Kinder könnten unter der Trennung der Eltern leiden, sie sollten aber nicht einen Elternteil und die Geschwister entbehren ³⁵⁸⁾. Ähnlich äußerte sich ein weiteres Vormundschaftsgericht: "Entscheidend gegen die Übertragung der elterlichen Gewalt über das jüngere Kind auf die Mutter spricht die Tatsache, daß beide Kinder, die sehr aneinander hängen und deren Altersunterschied nicht sehr groß ist, für diesen Fall getrennt werden müßten, was für die Entwicklung der Kinder sicher nicht vorteilhaft wäre" ³⁵⁹⁾.

Damit halten es die Vormundschaftsgerichte insgesamt nur ausnahmsweise mit dem Kindeswohl für vereinbar, daß Geschwister getrennt werden. In drei streitigen Verfahren sahen sich die Vormundschaftsgerichte jedoch von sich aus, d.h. ohne ausdrückliches Trennungsbe-

351) Vgl. die Fälle Fn. 347

352) AG L X 131/69; vgl. Fn. 348

353) AG L X 240/68

354) AG L X 351/66

355) Fn. 353

356) Fn. 350

357) AG L X 262/63; vgl. auch AG Wo X 141/65; AG L X 434/68

358) AG K X 55/69

359) AG OG X 398/69; vgl. auch AG OG X 392/70; AG Gb X 17/69;
X 106/70

gehen eines Elternteils, zu solchen Ausnahmeentscheidungen veranlaßt:

Ausschlaggebend dafür war in einem Fall der Wille eines 9jährigen Mädchens, das bei seiner richterlichen Vernehmung immer wieder bezeugt hatte, bei seinem Vater bleiben zu wollen ³⁶⁰⁾. Die zweite Trennungsentscheidung begründete ein Vormundschaftsgericht damit, daß einer Übertragung der elterlichen Gewalt für beide Kinder auf den unter der Woche ortsabwesenden Vater deswegen nicht ratsam sei, weil er dann beide Kinder bei seiner Mutter unterbringen müßte, was schon wegen der beengten räumlichen Verhältnisse nicht möglich sei. Ein Kind befinde sich bereits bei seinen Verwandten, die es in liebevoller Weise versorgten. Auch der Mutter könnten nicht beide Kinder zugeteilt werden, da noch nicht abzusehen sei, wie sich nach ihrer Wiederheirat und der bevorstehenden Geburt eines weiteren Kindes ihre persönlichen Verhältnisse entwickelten ³⁶¹⁾. -Während in diesen beiden Verfahren das Wohl der Kinder ein Abweichen von dem Grundsatz der Nichttrennung von Geschwistern zu rechtfertigen schien, kam es in einem dritten Fall zu einer Entscheidung, die offensichtlich deshalb getroffen wurde, um einen Ausgleich zwischen den Elternteilen herbeizuführen. Der Vater kämpfte vergeblich und konzessionslos mit seiner allein schuldig geschiedenen Frau, die die Familie verlassen hatte, um das Sorgerecht für die drei Kinder (15, 7, 4). Das Gericht, das sich über den Einfluß der Schuldigerklärung hinwegzusetzen versuchte, hätte der Mutter gerade deswegen und auch weil sie seiner Ansicht nach die Zeit des Ehezerwürfnisses offenbar überwunden hatte und sachlichen Erwägungen zugänglich war, alle Kinder zuteilen können. Auch zu einer Zuteilung aller Kinder an den Vater vermochte es sich nicht durchzusetzen. Es übertrug vielmehr dem Vater, wohl doch noch unter dem Eindruck der Scheidungsschuld der Mutter, die elterliche Gewalt über die beiden Söhne (15, 7), während es der Mutter die elterliche Gewalt über die 4jährige Tochter zusprach. Es hoffte wohl, die Eltern nach den langen und bitteren Auseinandersetzungen damit zufriedenzustellen. Die Kompromißentscheidung wird an einigen Stellen der Begründung erkennbar: "Zum Wohl der Kinder gereicht es, wenn der Mutter nicht alle Rechte genommen werden und der Vater

360) AG L X 45/67 (auch hier hatte das Gericht zuvor betont, daß es grundsätzlich besser sei, wenn Geschwister gemeinsam aufwachsen); vgl. auch unter "Wille des Kindes", Fn. 214

361) AG OG X 384/67

einsehen muß, daß er sich einer Entscheidung fügen muß, die nicht an der Gehässigkeit und Widerwärtigkeit eines Scheidungsprozesses, sondern einzig und allein an dem Wohl der Kinder orientiert ist. Das Verkehrsrecht wird erneut Schwierigkeiten bereiten. Dem kann dadurch vorgebeugt werden, daß die Mutter die Tochter hat, und daß man sie nicht völlig auf die Seite schiebt." "Eine Trennung der Kinder ist auch deshalb zu vertreten, weil damit die Last der Erziehung auf beide Elternteile verteilt wird." "Wenn sich der Vater weiterhin den beiden Jungen widmen muß, dann hat er genügend Aufgaben" ³⁶²⁾. Auf die Beschwerde des Vaters hin hob das Landgericht Offenburg, nachdem es ein psychologisches Sachverständigen-gutachten eingeholt hatte, die Entscheidung auf und teilte alle drei Kinder dem Vater zu.

Die Auswertung der "Geschwisterverfahren" hat gezeigt, daß die Vormundschaftsgerichte Geschwister nur ungern auseinanderreißen. Sie hat aber auch verdeutlicht, daß das Wohl des Kindes in manchen Fällen eine Trennung von seinen Geschwistern erforderlich macht und daß die Vormundschaftsgerichte dabei - wie auch sonst - sehr bereitwillig den elterlichen Vorschlägen folgen. Aus dem zuletzt beschriebenen Fall, in dem die Kinder entgegen ihren Interessen getrennt werden sollten, um zwischen den streitenden Eltern einen Ausgleich zu finden, kann nicht darauf geschlossen werden, daß allgemein eine Gefahr bei den Vormundschaftsgerichten für solche Entscheidungen besteht. Er sollte aber eine Mahnung für die Vormundschaftsgerichte sein, in jedem "Trennungsfall" zu überprüfen, ob solche Ausgleichserwägungen bei der Entscheidung vermieden wurden.

10. Sonstige Faktoren

10.1 Wohnverhältnisse

Ausreichende Wohnverhältnisse erlauben erst eine Lebensführung, die zum Gedeihen eines Kindes beiträgt ³⁶³⁾. Wie die Wohnungssituation der Kinder und des nach der Scheidung sorgeberechtigten Elternteils aussah, konnte bei einer großen Anzahl der Verfahren den

362) AG Wo X 90/68; bei diesem Vormundschaftsgericht bestand allgemein eine leichte Tendenz, Teilungsvorschläge zu unterbreiten, um eine bessere Befriedigung unter den Eltern herbeizuführen; vgl. auch Fn. 397; vgl. AG Wo X 151/68; X 38/70

363) Vgl. dazu Rühle, Kind und Umwelt, S. 18/19

Berichten der Jugendämter entnommen werden. Ihre Auswertung ergab, daß die Wohnverhältnisse der "Scheidungsfamilien" insgesamt gesehen ausreichend und geordnet waren. Die Zahl sehr beengter Wohnverhältnisse war relativ gering; von den Jugendämtern als unbefriedigend qualifizierte Wohnverhältnisse wurden nur in 10 Verfahren festgestellt.

Da die Wohnungssituation der Scheidungskinder insgesamt positiv beurteilt werden kann, kommt auch der Wohnungsfrage in den Entscheidungen der Vormundschaftsgerichte fast nie eine entscheidende Bedeutung zu. In einer Entscheidung eines Vormundschaftsgerichts wird dies auch ausdrücklich festgestellt ³⁶⁴⁾. Wenn sie einmal angesprochen wurde ³⁶⁵⁾, dann nur als Abrundung der Entscheidungsbeurteilung. Der einzige festgestellte Ausnahmefall betraf die Unterbringung der Mutter und der Kinder in einem Obdachlosen asyl. In dem schmutzigen und verdreckten Raum war auch schließlich nicht mehr festzustellen, wer wo schlief, da nicht genügend Schlafstätten vorhanden waren ³⁶⁶⁾.

10.2 Unterhaltszahlungen

Nach der tatsächlichen Trennung der Eltern muß der Elternteil, der nicht die tatsächliche Sorge über die Kinder ausübt, durch Zahlungen zum Unterhalt der Kinder beitragen. Während erfahrungsgemäß einige Zeit nach der Scheidung häufig die Unterhaltszahlungen eingestellt oder stockender werden ³⁶⁷⁾, scheint dies bis zum Abschluß des Sorgerechtsverfahrens weniger der Fall zu sein, denn die Vormundschaftsgerichte hatten sich nicht allzuoft mit der Frage mangelnder Unterhaltszahlungen auseinanderzusetzen. Der Grund dafür mag wohl auch darin zu sehen sein, daß die Eltern bis zur Entscheidung über die elterliche Gewalt ein gewisses Wohlverhalten an den Tag legten. Wenn es trotzdem in manchen Fällen ³⁶⁸⁾ dazu kam, daß ein Elternteil seine Unterhaltszahlungen nicht leistete, sahen die Vormundschaftsgerichte in diesem Verhalten zunächst erst einmal ein Indiz für sein mangelndes Verantwortungsbewußtsein.

364) AG L X 3/69

365) Vgl. AG L X 413/66; X 121/64; X 338/63; X 262/63

366) AG L X 50/70

367) Vgl. Schulte-Langforth, Nachrichtendienst 1971, 232

368) AG L X 95/65; X 338/67; X 436/61; AG OG X 23/67; X 42/67;
AG K X 58/69

Nur wenn noch andere, den Verdacht erhärtende Umstände hinzutreten - was schon aufgrund der ersten Zahlungsverzögerungen nicht selten erwartet werden konnte -, gab dies den Ausschlag für die Entscheidung, wenn das Wohl des Kindes bei dem die tatsächliche Sorge ausübenden Elternteil nicht ohnedies schon besser gewahrt erschien.

10.3 Besuch

Der Elternteil, der bis zum Abschluß des Sorgerechtsverfahrens das Kind nicht bei sich hat, aber die Übertragung der elterlichen Gewalt anstrebt, kann seine echte Sorge um das Kind durch Besuche und Kontaktaufnahme dokumentieren. Sein entsprechendes Verhalten wird daher in den wenigen Verfahren, in denen dieser Gesichtspunkt auftauchte, von den Vormundschaftsgerichten auch positiv gewürdigt ³⁶⁹⁾. Dies war insbesondere dann der Fall, wenn der besuchende Elternteil sich auch von Versuchen des die Sorge ausübenden Elternteils oder auch denen seiner Eltern, seine Begegnungen mit den Kindern zu stören oder zu verhindern, nicht beeindrucken ließ ³⁷⁰⁾. Andererseits legte das Vormundschaftsgericht einer Mutter die mangelnde Kontaktaufnahme zu ihrem Kind nicht zum Nachteil aus, weil ihr das frühere Verhalten des Vaters möglicherweise keine andere Wahl ließ ³⁷¹⁾. Als beispielhaft wurde in einem Fall von einem Vormundschaftsgericht das Verhalten einer Mutter angesehen, die es sich trotz finanzieller Engpässe nicht nehmen ließ, an fast jedem 2. Wochenende von Stuttgart nach Lahr zu fahren, um ihre Tochter (5) zu besuchen ³⁷²⁾. Dagegen mußte sich eine andere Mutter sagen lassen, sie sei ihrem Kind fremd geworden, da sie es seit 2 Jahren nicht mehr besucht habe ³⁷³⁾.

Dieselbe Indizwirkung wie dem Besuch der Kinder wird auch Geschenken beigelegt, die der andere Elternteil den Kindern zukommen läßt ³⁷⁴⁾.

369) AG L X 136/68; AG Ob X 72/70; vgl. auch AG L X 334/70, wo das Landgericht in der Beschwerdeentscheidung diese positive Würdigung vornahm

370) Vgl. AG Ob X 72/70

371) AG L X 372/61

372) AG L X 136/68

373) AG L X 434/68

374) AG Wo X 90/68; AG Ob X 72/70

10.4 Nachfolge in einen Betrieb

Bisweilen führen die geschiedenen Väter zur Begründung ihres Sorgerechtsantrages an, das Kind solle einmal Nachfolger in ihrem Betrieb werden ³⁷⁵⁾. Dieser Beweggrund hatte in keinem der Fälle maßgeblichen Einfluß auf die Entscheidung, er wurde jedoch von den Vormundschaftsrichtern unterschiedlich bewertet. Der eine meinte, es sei beachtenswert, wenn der Vater Wert darauf lege, seinen Sohn (4!) bei sich zu haben und ihn als seinen späteren Nachfolger zu erziehen ³⁷⁶⁾. Ein anderer entschied, daß das Kind (6) wegen seines Alters jetzt bei der Mutter eine bessere Versorgung genieße; eine Übertragung der elterlichen Gewalt auf den Vater im Hinblick auf die Hoferbschaft könne erst später erwogen werden ³⁷⁷⁾. Ebenfalls abschlägig beschieden wurde ein Vater, der seit Jahren keinen Kontakt mehr zu seinen Söhnen (14, 11) gehabt hatte und sie jetzt in seiner Heizungsbaufirma einen Beruf erlernen lassen wollte. Das Vormundschaftsgericht verwies ihn darauf, daß es ihm unbenommen bleibe, sich im Einvernehmen mit der Mutter um die Berufsausbildung seiner Söhne zu kümmern ³⁷⁸⁾. Mit Recht weist Blüthgen ³⁷⁹⁾ gerade auch bei diesem Beweggrund daraufhin, daß es gilt, Einblick zu gewinnen, was hinter ihm stehen könnte. Dabei stoße man oft auf materielle Motive. In Parallele zum obigen Hoferbschaftsfall deutet er an, daß auf dem Bauernhof ein Kind vom Schulalter an als Arbeitskraft von zunehmendem Wert betrachtet werde. Die Spekulation darauf präsentiere sich dann dem Vormundschaftsgericht etwa als die Erwägung, der Junge solle einmal der Hoferbe werden und müsse deshalb in seinem Interesse bei dem Elternteil bleiben, dem der Hof gehöre.

10.5 Religion

Die Frage der religiösen Erziehung war nur in einem Verfahren Hauptargument eines Elternteils gegenüber der Übertragung der elterli-

375) AG L X 319/60; X 231/67; X 163/64; AG OG X 244/66

376) AG L X 163/64; die Meinung des Vormundschaftsrichters wurde in erster Linie dadurch beeinflusst, daß die Mutter allein schuldig geschieden worden war

377) AG L X 319/60

378) AG OG X 244/66

379) Blüthgen aaO, S. 17/18

chen Gewalt auf den Ehepartner. Der Vater befürchtete, daß die Mutter die Kinder (9, 3) dem neuapostolischen Glauben zuführen würde. Das Vormundschaftsgericht zeigte Verständnis dafür, daß der Vater dies als Katholik verhindern wollte. Es wies jedoch das Argument des Vaters mit einer Begründung ab, die auch für ähnliche Sachverhalte Geltung haben dürfte: Dem vom Vater befürchteten Schritt der Mutter könnte nur dann begegnet werden, wenn der Entschluß der Mutter, die Kinder in jenem Glauben zu erziehen, einen Mißbrauch der elterlichen Gewalt darstellen würde. Davon könne aber schon deshalb keine Rede sein, weil das Recht keinen Unterschied zwischen großen und kleinen Religionsgemeinschaften mache ³⁸⁰⁾.

11. Alleinschuld bei Scheidung und Getrenntleben

11.1 Der zahlenmäßige Einfluß auf das Sorgerechtsverfahren

Durch das am 1.7.1977 in Kraft tretende Erste Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts (1. EheRG) vom 14.6.1976 wird das Schuldprinzip bei der Scheidung beseitigt. Damit wird auch in dem neugefaßten § 1671 Abs. 3 der Einfluß der Schuldigerklärung auf die Sorgerechtsentscheidung entfallen ³⁸¹⁾.

Trotzdem kann die vorliegende Untersuchung nicht auf eine gedrängte Darstellung seines Ausmaßes in der Praxis verzichten. Sie verdeutlicht, welchen Wandel die Reform herbeiführen wird. Dagegen soll - soweit dies überhaupt möglich ist - vermieden werden, die jahrelange Auseinandersetzung um seine Berechtigung im Rahmen des Sorgerechtsverfahrens wiederzugeben ³⁸²⁾.

Zur Einführung in die Darstellung ist es angezeigt, einen kurzen Überblick darüber zu geben, in wievielen der untersuchten Verfahren die Mütter und die Väter nach dem Tenor des Scheidungsurteils die Alleinschuld und wie oft sie gemeinsam die Schuld an der Scheidung trugen. Darüber soll die folgende Tabelle Aufschluß geben.

380) AG L X 251/63

381) Erstes Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts (1. EheRG), BGBI. I 1976, S. 1421 ff

382) Vgl. dazu den eingehenden Aufsatz von Müller-Freienfels, JZ 1959, 359 ff u. 396 ff

Zu ihrem Aufbau ist noch zu bemerken, daß in Lahr und Offenburg noch nicht nach Verfahren differenziert wurde, in denen die Eltern getrennt lebten oder ohne Schuldspruch geschieden wurden.

AG	Ver- fahren	Verschulden			ohne Schuld- spruch	Getrennt- leben
		Vater allein	Mutter allein	Beide		
Lahr	299	146	43	94		16
Offenburg	260	135	34	74		17
Kehl	125	58	18	34	9	6
Wolfach	81	31	13	31	4	2
Gengenbach	57	26	5	20	5	1
Oberkirch	33	15	4	11	2	1
Ettenheim	27	17	4	3	3	-
Total	882	428	121	267		66
		= 49%	= 14%	= 30%		= 7%

Die Tabelle zeigt, daß in 63 % und damit in über der Hälfte der Scheidungsverfahren eine Alleinschuld eines Elternteils ausgesprochen wurde. Dabei ist bemerkenswert, daß auf die Väter mit 49 % eine weit höhere Quote als auf die Mütter mit lediglich 14 % entfällt. Damit hätte - abgesehen von den Verfahren ohne Schuldspruch und den bei Getrenntleben - das Verschuldensmoment im Sorgerechtsverfahren nur in den 30 % der Scheidungsfälle, in denen beide Elternteile für schuldig erklärt wurden, keinen Einfluß gehabt, wenn es zu einem streitigen Verfahren gekommen wäre. Die Aufstellung verdeutlicht weiter, daß die Position der Väter - falls es nicht zu einer Vereinbarung zwischen den Eltern kommt - infolge der Verschuldensquote von fast 50 % weitaus ungünstiger ist als die der Mütter. Schließlich läßt der Gesamtanteil der Alleinschuldigerklärungen bei Vätern und Müttern von 63 % vermuten, daß bei den Sorgerechtsverfahren, die zwischen den Eltern streitig durchgeführt wurden, ein nicht geringer Prozentsatz vom Einfluß der Alleinschuldigerklärung beherrscht wird.

Die Untersuchung bestätigte diese Vermutungen dann auch und verdeutlicht, daß die Allein-Scheidungsschuld bei der Zuteilung der Kinder eine große Bedeutung hat und bis zum 1.7.1977 noch haben wird:

Von den insgesamt - ohne die 17 streitigen Vereinbarungsfälle ³⁸³⁾ - registrierten 83 streitigen Sorgerechtsentscheidungen wurden nicht weniger als 36 über § 1671 Abs. 3 Satz 2 durch die Alleinschuld eines Elternteils an der Scheidung beeinflusst, was einer Quote von rd. 43 % entspricht. Ist damit die Bedeutung der Allein-Scheidungsschuld bei den streitig durchgeführten Sorgerechtsentscheidungen nachgewiesen, ist andererseits aber auch nicht zu übersehen, daß diese Quote nicht annähernd dem Prozentsatz entspricht, mit dem die Alleinschuldigerklärungen bei der Gesamtzahl der Scheidungsverfahren vertreten sind (63 %), sondern um 20 % darunter liegt. Es überrascht also, daß bei insgesamt 549 Scheidungsverfahren mit einer Alleinschuld eines Elternteils die Zahl der streitigen Sorgerechtsverfahren insgesamt nicht höher liegt. Zu erklären ist dies sicher nicht einmal damit, daß sich die Eltern in der Mehrzahl aller Fälle trotz Alleinschuld eines Elternteils an der Scheidung über das Sorgerecht einigten ³⁸⁴⁾. Es ist daneben aber auch nicht auszuschließen, daß für den allein schuldig geschiedenen Elternteil § 1671 Abs. 3 Satz 2 in vielen Fällen als eine Art "Streitbremse" gewirkt hat.

11.2 Handhabung der "schwerwiegenden Gründe" gem. § 1671 Abs. 3 Satz 2 durch die Vormundschaftsgerichte

11.2.1 Auslegung des Begriffs

Die Analyse der streitigen Verfahren ergibt - was bereits bei der Untersuchung der streitig gewordenen Vereinbarungsfälle festgestellt werden konnte - eine absolute Ausrichtung der Vormundschaftsgerichte an der höchstrichterlichen Rechtsprechung. Zur Definition der "schwerwiegenden Gründe", die gem. § 1671 Abs. 3 Satz 2 vorliegen müssen, um das Vorrecht des schuldlos geschiedenen Elternteils auf die Kinder auszuräumen, werden konsequent die Formeln herange-

383) Vgl. S. 49

384) Vgl. S. 135

zogen, die im Anschluß an die Rechtsprechung des KG zu § 81 Abs. 3 EheG 1938 entwickelt wurden ³⁸⁵⁾: Es wird davon ausgegangen, daß schwerwiegende Gründe solche seien, die in ihrer Gesamtheit schwer genug wiegen, um das Vorrecht des schuldlosen Elternteils auszuschalten, ohne daß das Wohl des Kindes bei dem schuldlosen Elternteil bereits gefährdet sein müßte ³⁸⁶⁾. Oder es wird gesagt, sie lägen nur dann vor, wenn sie ein ganz erhebliches Übergewicht gegenüber einer Zuteilung an den schuldigen Elternteil erkennen ließen; es dürfe im Hinblick auf das Wohl des Kindes nicht zu verantworten sein, dieses dem schuldlosen Teil zu überlassen ³⁸⁷⁾. Überwiegend jedoch folgen die Vormundschaftsgerichte des Landgerichtsbezirks Offenburg, der zum Oberlandesgerichtsbezirk Karlsruhe gehört, der insbesondere von Schwoerer bereits zu § 74 Abs. 4 EheG 1946 eingeleiteten ³⁸⁸⁾ und später von ihm verantwortlich beeinflussten Auslegung durch das Oberlandesgericht Karlsruhe ³⁸⁹⁾. Danach werden auf dem Hintergrund der zu § 1671 Abs. 3 Satz 2 führenden Rechtsentwicklung ³⁹⁰⁾ schwerwiegende Gründe bereits dann als vorliegend angesehen, wenn die Übertragung der elterlichen Gewalt auf den schuldigen Elternteil dem Wohl des Kindes erheblich besser entspricht ³⁹¹⁾.

Die Verwendung der Schwoererschen Formel bewirkte jedoch keinesfalls, daß damit außerjuristischen Überlegungen Raum gegeben wurde. Im Zuge der Rechtsprechung des KG wurden Erwägungen allgemeiner Art (medizinische, pädagogische, entwicklungspsychologische, soziologische) zur Bestimmung schwerwiegender Gründe nicht herangezogen und damit die Maßgeblichkeit der Alleinschuldigerklärung für die

385) Vgl. S. 5/6

386) AG OG X 9/67; AG K X 92/65, unter Hinweis auf KG NJW 1960, 486 u. OLG Hamburg FamRZ 1959, 255; AG K X 88/69, unter Hinweis auf BGHZ 2, 52

387) AG L X 163/64; AG OG X 459/68; vgl. Palandt-Lauterbach, § 1671, Anm. 4 mit Hinweis auf OLG Neustadt FamRZ 1963, 300 u. OLG Oldenburg FamRZ 1965, 335

388) Schwoerer, AcP Bd. 151, 122 ff

389) OLG Karlsruhe FamRZ 1958, 424 ff

390) Staudinger-Schwoerer, § 1671, Anm. 2o2

391) AG L: X 480/70; X 320/70; X 326/68; X 182/70; X 355/65; X 136/68; X 163/64; X 83/62; X 86/64; X 372/61; X 334/70; X 6/63; X 71/69; X 338/67; X 173/62; AG OG: X 207/65; X 9/67; X 107/68; X 459/68; X 72/69; X 244/66; X 18/66; AG K: X 92/65; X 7/66; X 88/69; X 164/70; AG Ob: X 99/68; X 64/67; AG Gb: X 106/70; X 117/67; AG Wo: X 22/66; X 90/68

Regelung der elterlichen Gewalt rein juristisch unterbaut" ³⁹²⁾. Besonders eindringlich wird dies durch die beiden Fälle untermauert, die bereits bei der Frage des Einflusses der Allein-Scheidungsschuld auf die elterliche Erziehungseignung dargestellt wurden. Auf die dortigen Ausführungen kann deshalb verwiesen werden ³⁹³⁾.

Nur spärlich sind die Versuche einer Auseinandersetzung darüber, ob der Einfluß der Scheidungsschuld auf das Sorgerechtsverfahren im Hinblick auf das Wohl des Kindes noch sinnvoll erscheint; mutige Entscheidungen, die, unter Berücksichtigung eines neu zu erkennen- den Kindesrechts, den Versuch einer anderen Gesetzesauslegung beschreiten, fehlen bis auf eine überhaupt. So meinte ein Vormund- schaftsgericht, an der Rechtsprechung über das Vorliegen schwer- wiegender Gründe könne nicht mehr in vollem Umfang festgehalten werden, denn nach nahezu eindeutiger Auffassung entspreche das Verschuldensprinzip im Scheidungsrecht nicht mehr den heutigen Vorstellungen. Da somit auch der Einfluß der Schuldigerklärung im Personensorgerechtsverfahren erlöschen werde, könne dies auch bei der Auslegung des geltenden Rechts nicht außer Betracht bleiben, da die Gesetzesbestimmungen zeitgemäß auszulegen seien (BVerfG 2, S. 401). Zudem könne gerade bei Normen, die als ihren inhaltlichen Bestandteil die sich wandelnde Wirklichkeit hätten, die Veränderung der Verhältnisse nicht unberücksichtigt bleiben (BVerfG 7, S. 551). Nach diesem erwartungsvollen Beginn des Ge- richts in seiner Begründung ist seine Schlußfolgerung dann wieder weniger neu, denn es kommt letztlich doch wieder nur zu Anwen- dung der Schwoererschen Formel. Es folgert nämlich, daß es nicht mehr vertretbar sei, bei § 1671 Abs. 3 Satz 2 den Belangen des schuldlos geschiedenen Ehegatten gegenüber den Belangen des Kindes den überwiegenden Vorzug zu geben. Es müsse vielmehr auch bei § 1671 Abs. 3 Satz 2 das Wohl des Kindes unter Berücksichtigung des Schuldspruchs im Vordergrund stehen. Danach sei der in der Rechtsprechung vertretenen Ansicht zu folgen, daß die elterliche Gewalt dem schuldigen Teil schon dann zu übertragen sei, wenn dies dem Wohl des Kindes erheblich besser entspreche ³⁹⁴⁾.

³⁹²⁾ Vgl. hierzu Müller-Freienfels aaO, S. 397

³⁹³⁾ AG OG X 459/68 und AG OG X 9/67 (siehe die Ausführungen unter 1.3 "Scheidungsschuldspruch und Erziehungseignung", S. 33/34; vgl. auch die Auslegung: § 1671 Abs. 3 Satz 2 diene auch dem Schutz der Ehe als Institution, unter 7.3 "Alleinschuldspruch und sittliches Verhalten", S. 90/91 (Fn. 319)

³⁹⁴⁾ AG K X 164/70; vgl. Fn. 130 u. 274

Im Anschluß an Schwoerer³⁹⁵⁾ führte ein anderes Vormundschaftsgericht aus, § 1671 Abs. 3 Satz 2 sei nur gesetzlicher Ausdruck einer Vermutung, daß derjenige, der die Scheidung allein verschuldet habe, auch weniger geeignet sei, das Kind zu erziehen. Dies ergebe sich daraus, daß bei § 1671 in erster Linie entscheidend sei, welche Zuteilung dem Wohl des Kindes am besten entspreche, was auch in § 1671 Abs. 2 zum Ausdruck komme; danach könne das Gericht sogar - im Interesse des Kindeswohls - von einem gemeinsamen Vorschlag der Eltern abweichen. Unter diesem Gesichtspunkt sei auch § 1671 Abs. 3, insbesondere dessen Satz 2 zu verstehen. Dieser Satz füge sich also bruchlos in das Gedankensystem des § 1671 ein, wenn man davon ausgehe, daß das Gesetz auch hier in erster Linie das Wohl des Kindes sichern wolle. Nur diese Auslegung lasse erklären, warum bei Vorliegen "schwerwiegender Gründe" dann das Kind doch noch dem schuldigen Elternteil zugewiesen werden kann. Die Auffassung, nach der die Ehescheidungsschuld nur ein - im Falle der Alleinschuld eines Ehegatten allerdings besonders schwerwiegendes - Indiz für die bessere Erziehungseignung eines der Elternteile sei, entspreche der neueren Auffassung des OLG Karlsruhe, wie auch der neueren Einsicht über das sog. "Elternrecht". Während dies früher sogar als ein dem Eigentum ähnliches Recht an den Kindern verstanden worden sei (Palandt), sei die neuere Rechtslehre mit Recht zu dem natürlichen Ausgangspunkt zurückgekehrt und begreife das Elternrecht als eine Ausprägung des rechtlichen Zentralbegriffs Munt und damit als ein "Pflichtrecht", d.h. ein Recht, das in erster Linie gewährt werde, um Pflichten (hier: gegenüber dem Kind) erfüllen lassen zu können³⁹⁶⁾.

Nur in einem Fall setzte sich ein Vormundschaftsgericht, offenbar unter dem Eindruck eines für die Kinder unerträglichen Streites zwischen den Eltern, über die gesetzliche Regelung hinweg. Es erklärte, in der Rechtsprechung habe sich mehr und mehr durchgesetzt, die Regelung des § 1671 Abs. 3 Satz 2 nicht starr anzuwenden, denn es gehe nicht darum, den Schuldspruch, der häufig den Tatsachen nicht entspreche, auf die Kinder auswirken zu lassen. Das Wohl der Kinder müsse entscheidend sein. Wenn es das Wohl

395) Schwoerer, FamRZ 1958, 438 ff

396) AG Ett X 97/68 mit Hinweis auf Gernhuber, FamRZ 1962, 89 und Engler, FamRZ 1969, 63

der Kinder gebiete, müsse von einer starren Gesetzesanwendung abgewichen werden. Es gehe nicht um die Sanktionierung einer ehelichen Kalamität, sondern um das Wohl der Kinder, die baldigst von den Eindrücken während des Scheidungsverfahrens befreit werden müßten. Der Vater müsse einsehen, daß er sich einer Entscheidung fügen müsse, die nicht an der Gehässigkeit und Widerwärtigkeit eines Scheidungsprozesses, sondern einzig und allein am Wohl der Kinder orientiert sei. Der Schuldspruch eines Scheidungsurteils dürfe für das künftige Wohl der Kinder nicht entscheidend sein ³⁹⁷⁾.

Neben diesen 3 Fällen sind keine weiteren Verfahren registriert, in denen ein Vormundschaftsgericht kritische Gedanken über seine Entscheidungsgrundlage nach § 1671 Abs. 3 Satz 2 geäußert hätte.

12.2.2 Annahme schwerwiegender Gründe in tatsächlicher Hinsicht

Was die Vormundschaftsgerichte in praxi als schwerwiegende Gründe ansahen, läßt sich verständlicher darstellen, wenn zunächst zahlenmäßig aufgestellt wird, wieviele der bereits genannten 36 streitigen Verfahren durch die Alleinschuld der Väter oder der Mütter an der Scheidung beeinflußt wurden und wer von ihnen schließlich die elterliche Gewalt übertragen erhielt. Dabei wird sich nämlich herausstellen, daß es in erster Linie um das Vorliegen schwerwiegender Gründe geht, die zu einer Übertragung der elterlichen Gewalt auf die allein schuldig geschiedenen Mütter führten.

Allein-Scheidungsschuld und Zuteilung der elterlichen Gewalt					
Alleinschuld der Mutter			Alleinschuld des Vaters		
21			15		
		Zuteilung an			
<u>Vater</u>	<u>Mutter</u>		<u>Vater</u>	<u>Mutter</u>	
9	8		1	14	
<u>Vormundschaft</u>					
1					
<u>Trennung der Kinder</u>					
3					

397) AG Wo X 90/68; vgl. Fn. 362

Die Aufstellung zeigt, daß die Vormundschaftsgerichte von 21 Fällen, in denen eine Mutter allein schuldig geschieden war, in 8 Fällen nicht den schuldlosen Vätern, sondern aufgrund schwerwiegender Gründe den Müttern die elterliche Gewalt übertrugen. Demgegenüber konnte nur einer der 15 allein schuldig geschiedenen Väter die Übertragung der elterlichen Gewalt auf sich erreichen. Bei der niedrigen Allein-Verschuldensquote der Mütter in Höhe von 14 % machen die Zahlen daneben auch deutlich, daß die Mütter trotz der gesetzlichen "Alleinschuldhypothek" eher als die weit häufiger allein schuldig geschiedenen Väter (49 %) bereit sind, um die Kinder zu kämpfen, und dabei auch noch erheblich mehr Erfolg haben. Die Tatsache, daß die Väter in beinahe der Hälfte der Fälle vergebens auf ihr gesetzliches Vorrecht nach § 1671 Abs. 3 Satz 2 pochten, bestätigt im übrigen die bereits festgestellte Ansicht der Vormundschaftsgerichte, daß die Mütter in der Regel besser zur Erziehung und Betreuung der Kinder geeignet sind ³⁹⁸⁾.

Der häufigste schwerwiegende Grund, die elterliche Gewalt auf die allein schuldig geschiedene Mutter zu übertragen, wurde von den Vormundschaftsgerichten darin gesehen, daß die Väter gar nicht in der Lage waren, das Personensorgerecht dem Wohl des Kindes entsprechend auszuüben. Entscheidend hierfür waren mangelnde Wohnverhältnisse und ganztägige Arbeit ³⁹⁹⁾, mangelnde Betreuungsmöglichkeit und dadurch im Einzelfall bedingte Gefahr einer Heimunterbringung ⁴⁰⁰⁾ oder physische Unmöglichkeiten, wie Blindheit ⁴⁰¹⁾ und langjähriger Hospitalaufenthalt ⁴⁰²⁾. Andere Gründe, die die Vormundschaftsgerichte als schwerwiegend erkannten, lassen sich zusammenfassend dahin kennzeichnen, daß den Vätern mangelndes Interesse oder Verantwortungsbewußtsein nachgesagt werden mußte ⁴⁰³⁾. Dies wurde von den Vormundschaftsgerichten angenommen, wenn ein Vater seit längerer Zeit keinen Unterhalt bezahlt (oder) und trotz Aufforderung durch das Gericht keine Erklärung zur Regelung der Personensorge abgegeben hatte ⁴⁰⁴⁾ oder wenn der Vater sich wenig um das Kind kümmerte und gewillt war, es fast ausschließlich

398) Vgl. unter 1.2 "Die Mutter als bessere Erzieherin", S. 32/33

399) AG L X 326/68; X 182/70; X 6/63; AG K X 164/70

400) AG K X 7/66

401) AG L X 320/70

402) AG Ob X 99/68

403) AG L X 136/68; X 355/65; X 6/63; X 334/70, wobei erst das Landgericht dies erkannte, weil dem Vormundschaftsgericht zuvor Aufklärungsfehler unterlaufen waren

404) AG L X 355/65; X 334/70

seiner Mutter zur Betreuung zu überlassen ^{4o5)}. In allen genannten Zuteilungsfällen waren Unterbringung und Pflege bei der Mutter gewährleistet oder zumindest besser als eine Heimunterbringung ^{4o6)}. In dem einzigen Fall, in dem einer der 15 allein schuldig geschiedenen Väter das Personensorgerecht erhielt, lag ein schwerwiegender Grund nur deshalb vor, weil es ein Nervenleiden der Mutter nicht immer gewährleistete, daß sie zu jeder Zeit die mit der Personen- und Vermögenssorge zusammenhängenden Fragen entscheiden konnte. Der Vater mußte sich jedoch verpflichten, das Kind bei der Mutter, bei der es bisher wohnte, zu belassen ^{4o7)}.

11.2.3 Alleinschuld bei Getrenntleben

Leben die Eltern nicht nur vorübergehend getrennt, entscheidet das Vormundschaftsgericht gem. § 1672 auf Antrag eines von ihnen, wem die elterliche Gewalt zustehen soll. Dabei wird es auf die entsprechende Anwendung von § 1671 und demgemäß nach h.M. im Hinblick auf § 1671 Abs. 3 Satz 2 auch darauf verwiesen, festzustellen, ob ein Elternteil die Alleinschuld an der Trennung trifft, da die Schuldfrage nicht wie im Falle der Scheidung durch rechtskräftiges Urteil geklärt ist ^{4o8)}.

Wie schwer diese Aufgabe für die Vormundschaftsgerichte ist, zeigt der geschilderte Fall F. ^{4o9)}. Während das Vormundschaftsgericht beide Elternteile für schuldig erachtete, hielt das Landgericht zunächst nur die Mutter für allein schuldig, mußte aber später sein Urteil revidieren.

Da die Vormundschaftsgerichte nicht durch ein Scheidungsurteil präjudiziert waren, vermieden sie es, eine Art Scheidungsprozeß zur Ermittlung der Trennungsschuld durchzuführen. In den 8 streitigen Verfahren ^{41o)} bei getrenntlebenden Eltern stellten sie dennoch

4o5) AG L X 136/68

4o6) Vgl. AG K X 7/66

4o7) AG Gb X 117/79

4o8) Staudinger-Schwoerer, § 1672, Anm. 9 m.w.N.

4o9) Vgl. Fn. 154; siehe dazu auch Staudinger-Schwoerer aaO und die bei ihm wiedergegebene Kritik an der gesetzlichen Regelung

41o) AG L X 2o/63; X 223/68; X 359/62; X 69/62; X 339/62;

AG OG X 2o3/66; AG Ob X 64/67; AG Gb X 9/68

in 2 Verfahren ⁴¹¹⁾ die Alleinschuld eines Elternteiles fest; dies aber auch nur, weil sie bereits aufgrund der Darstellung der Elternteile oder der vom Jugendamt ermittelten Umstände erkennbar war. Bei den anderen Fällen vermieden sie es teilweise überhaupt, die Frage der Trennungsschuld anzusprechen, oder sie erklärten einfach, die Schuldfrage lasse sich nicht klären, und entschieden dann allein nach dem Gesichtspunkt "Wohl des Kindes".

11.3 Hypothetische Entscheidungsbetrachtung - Zuteilung
ohne Einfluß des Alleinschuldspruchs

Die Frage, ob es in den Fällen, in denen die Allein-Scheidungs-schuld eines Elternteils für die Entscheidung erheblich war, nach dem ab 1.7.1977 neugefaßten § 1671 Abs. 3 ebenfalls zu einem Streit zwischen den Eltern kommen würde, ist nicht zu beantworten. Jedenfalls läßt sich hypothetisch so viel festhalten: In den Verfahren, in denen der allein schuldigen Mutter infolge schwerwiegender Gründe die elterliche Gewalt übertragen worden ist, würde ihr im Streitfall unter der neuen Regelung das Personensorgerecht erst recht zugesprochen werden.

Problematischer würden sich dagegen die Fälle gestalten, in denen bei Allein-Scheidungs-schuld der Mutter die elterliche Gewalt auf den Vater übertragen wurde. Der Grund muß darin gesehen werden, daß in einigen dieser Fälle die Lebensbedingungen für das Kind bei Vater und Mutter nicht so unterschiedlich ausfielen, beide vielmehr in den meisten Fällen geradezu gleichwertige Entwicklungschancen anbieten konnten. Eine Entscheidung wurde den Vormundschaftsgerichten in diesen Fällen nur deshalb erleichtert, weil sie keine schwerwiegenden Gründe für eine Übertragung der elterlichen Gewalt auf die Mutter bejahen und deshalb nach dem Gesetz dem schuldlosen Vater den Vorzug geben mußten. Selbst bei vorsichtiger hypothetischer Beurteilung wäre in wenigstens 3 der 9 Fälle die elterliche Gewalt auf die Mutter zu übertragen gewesen: Bei einem dieser Verfahren legte das Vormundschaftsgericht dar, daß ein Kleinkind im Alter von 4 Jahren im Hinblick auf seine tägliche Pflege bei der Mutter oft eine bessere Betreuung erfahre,

411) AG L X 20/63; AG OG X 203/66

als dies bei dem Vater der Fall sein könne. Darauf weise die Mutter nicht zu Unrecht hin, und der Vater bestreite dies nicht. Es werde auch nicht verkannt, daß die Unterbringung des Kindes bei der Mutter gut sei und es von ihr und den Großeltern mit viel Liebe erzogen werde. Diese anzuerkennenden Gesichtspunkte reichten jedoch nicht aus, um ihnen ein ganz erhebliches Übergewicht gegenüber der Zuteilung der elterlichen Gewalt an den Vater zu geben. Auch in dessen und seiner Eltern Haushalt werde das Kind gut versorgt ⁴¹²⁾. - Ähnlich argumentierte ein Vormundschaftsgericht im nächsten Fall: Es meinte, die Mutter - diese lebte mit ihren Eltern in deren Haus zusammen - hätte zwar, da sie nicht berufstätig sei, mehr Zeit, sich des Kindes von 3 Jahren anzunehmen, und sie stehe auch der Gefühls- und Empfindungswelt des Kindes aus natürlichen Gründen näher. Diese Gründe seien in ihrer Gesamtheit jedoch nicht schwer genug, um im Interesse des Kindeswohls das Vorrecht des schuldlos geschiedenen Vaters auszuschalten ⁴¹³⁾. - Im dritten Fall sprach das Vormundschaftsgericht dem schuldlosen Vater ein 3jähriges Mädchen zu, das sich nach der Scheidung bei der Mutter und Großmutter befand. Die Einwände der Mutter, der Vater habe zu dem Kind nie einen richtigen Kontakt gehabt, das kleine Mädchen gehöre besser zu der Mutter und ein Umgebungswechsel könne ihm schaden, wurde mit dem Hinweis auf § 1671 Abs. 3 Satz 2 und angebliche, für die Erziehungseignetheit kaum verifizierbare charakterliche Mängel von Mutter und Großmutter abgewiesen ⁴¹⁴⁾.

In den übrigen 6 der 9 Fälle wären die Entscheidungen zugunsten des Vaters auch ohne den Einfluß der Schuldigerklärung zumindest vertretbar gewesen, ohne daß gesagt werden könnte, andere Vormundschaftsgerichte hätten in all diesen Fällen mit Sicherheit ebenso entschieden ⁴¹⁵⁾. Wie schwierig in diesen Fällen eine Entscheidung allein nach dem Kriterium "Wohl des Kindes" gewesen wäre, soll eine Auswahl von drei Sachverhaltskonstellationen zeigen:

Die schuldig geschiedene Mutter (2o) hatte wieder geheiratet und ein weiteres Kind geboren. Sie war nicht mehr berufstätig, lebte mit ihrem zweiten Mann in einer neuen Dreizimmerwohnung und

412) AG L X 163/64; vgl. den gleichen Fall unter Fn. 142

413) AG OG X 9/67

414) AG Wo X 22/66

415) AG L X 48o/7o; X 372/61; X 163/64; AG OG X 1o7/68; X 459/68;
X 2o7/65

wollte beide Kinder zusammen aufziehen. Das Kind befand sich vor und nach der Scheidung bei der es betreuenden 40jährigen Großmutter (Mutter des Vaters). Diese betrieb ein kleines Ladengeschäft, während ihr Mann arbeitete. Im Haushalt lebten noch zwei Söhne (11, 14) und zwei Töchter (18, 17). Der Vater hatte zwar eine eigene Wohnung, nahm aber an allen Mahlzeiten bei der Großmutter teil und kümmerte sich auch um das Kind ⁴¹⁶⁾. - Die Besonderheit des Falles liegt darin, daß der Mutter in der sehr jungen Großmutter eine gleichwertige Erziehungsperson gegenüber stand; ohne diese hätte man angesichts des Alters des Kindes (2 1/2) der Mutter gegenüber dem Vater, der berufstätig war, den Vorzug geben müssen. Durch die junge Großmutter wurde jedenfalls eine Auseinandersetzung mit der Frage, ob ein Kleinkind eher zur Mutter gehört, weitgehend überflüssig. Ob das Ergebnis aber auch unter Berücksichtigung der möglichen zukünftigen Entwicklung beim Vater zu halten gewesen wäre, soll hier nicht entschieden werden. An diese Entwicklung hatte wohl auch das Vormundschaftsgericht gedacht, als es ausführte, Schwierigkeiten seien lediglich dann zu erwarten, wenn der Vater wieder heiraten würde und das Kind von den Großeltern dann fort käme; für diesen Fall sei der leiblichen Mutter der Vorzug zu geben.

Im zweiten Fall hatte die Mutter eines 2 1/2jährigen Kindes wieder geheiratet und ebenfalls ein weiteres Kind zur Welt gebracht. Der berufstätige Vater gab das Kind zu seinen Eltern, von denen es ordentlich versorgt und betreut wurde. Das Vormundschaftsgericht meinte, das Kind sei zwar noch klein, jedoch dem Säuglingsalter entwachsen. Für die Übertragung der elterlichen Gewalt auf die Mutter liege daher kein schwerwiegender Grund vor ⁴¹⁷⁾. - Ob das Vormundschaftsgericht nach dem 1.7.1977 zur gleichen Entscheidung gekommen wäre, mag zumindest zweifelhaft sein. Es hätte sich nämlich dann mit den Fragen auseinandersetzen müssen, ob Kleinkinder zur Mutter gehören und ob es angesichts einer möglicherweise ungewissen Entwicklung beim Vater für das kleine Kind nicht besser wäre, anstatt bei den Eltern des Vaters bei der Mutter und deren zweitem Kind aufzuwachsen.

Auch der dritte Beispielsfall zeigt, daß eine andere Lösung durchaus dem Wohl des Kindes entsprechen könnte. Eine berufstätige Mut-

416) AG L X 480/70

417) AG OG X 207/65

ter wollte ihre Arbeit als Tagesbedienung aufgeben, um den 5jährigen Jungen tagsüber beaufsichtigen zu können; auch ihre Mutter stand ihr dabei bisweilen zur Verfügung. Der Vater war Maschinenschlosser und arbeitete vorwiegend auswärts auf Montage. Den Jungen hatte er bei seiner Schwester untergebracht, die 3 kleine Kinder besaß. Er selbst war nur nahezu jedes Wochenende da, so daß das Schwergewicht der Erziehung bei seiner Schwester lag ⁴¹⁸⁾.

Im Gegensatz zu den Fällen, bei denen eine Allein-Scheidungsschuld der Mutter vorlag, wären bei reformierter Gesetzeslage die streitigen Verfahren weniger problematisch zu beurteilen gewesen, bei denen eine Allein-Scheidungsschuld des Vaters eine Rolle spielte. Die Untersuchung zeigt, daß die Vormundschaftsgerichte bis auf einen Fall keine schwerwiegenden Gründe für eine Übertragung der elterlichen Gewalt auf die allein schuldigen Väter fanden. Damit wäre unter der Neufassung des § 1671 Abs. 3 in diesen Verfahren, anders als teilweise in denen mit allein schuldig geschiedenen Müttern, nicht davon auszugehen gewesen, daß die Väter gerade deswegen Erfolg gehabt hätten, weil schwerwiegende Gründe vorlagen. Vielmehr wäre auch dann eine Übertragung des Personensorgerechts auf die Mütter zu erwarten gewesen, weil das Wohl des Kindes bei ihnen vermutlich besser gewahrt gewesen wäre. So stellten die Vormundschaftsgerichte in 5 der 15 Fälle fest, daß die Mütter besser als die Väter geeignet seien, die Pflege und Erziehung der Kinder zu übernehmen, da diese die Kinder infolge ihrer Berufstätigkeit der Großmutter väterlicherseits zur Betreuung überlassen müßten ⁴¹⁹⁾. In 6 anderen Fällen, in denen die Kinder bei der Mutter gut versorgt waren, hatte ein Vater durch Entführung des Kindes sein Sorgerecht grob verletzt und besaß im übrigen nur die Möglichkeit, das Kind von seinen Eltern betreuen zu lassen ⁴²⁰⁾; ein anderer hatte sich seit Jahren nicht um die Familie gekümmert ⁴²¹⁾, der nächste hatte überhaupt keine Möglichkeit, das Kind zu sich zu nehmen ⁴²²⁾, dem vierten ging es weniger um das Kind als darum, es aus Prestige Gründen zu bekommen ⁴²³⁾ und zwei weitere saßen zeitweilig im Gefängnis ⁴²⁴⁾. In einem weiteren Fall sah das

418) AG OG X 107/68

419) AG OG X 72/69; AG Gb X 106/70; AG L X 47/62; X 86/62; X 173/62

420) AG L X 20/63

421) AG OG X 244/66

422) AG K X 181/68

423) AG L X 372/61

424) AG K X 58/69; AG OG X 237/70

Vormundschaftsgericht die Versorgung bei der Mutter eher noch gewährleistet als bei dem den Unterhalt nicht zahlenden Vater ⁴²⁵⁾ und in den beiden restlichen Fällen gingen die Vormundschaftsgerichte erst gar nicht auf die Möglichkeit einer Übertragung der elterlichen Gewalt auf den Vater ein ⁴²⁶⁾. Lediglich in dem einen Fall, in dem der allein schuldig geschiedene Vater das Personensorgerecht erhielt, wäre diese Entscheidung mit Sicherheit auch unter dem reformierten § 1671 Abs. 3 zu treffen gewesen ⁴²⁷⁾.

12. Fälle, in denen Vormundschaft angeordnet wurde

Wenn ein Fehlverhalten der Eltern gegenüber den Kindern so weit geht, daß dadurch eine Gefahr für ihr geistiges und leibliches Wohl besteht, kann das Vormundschaftsgericht nach § 1671 Abs. 5 die Sorge für die Person des Kindes einem Vormund oder Pfleger übertragen. Von diesem Recht haben die Vormundschaftsgerichte bei den 882 durchgesehenen Verfahren in 26 Fällen Gebrauch gemacht, d.h. in 2,9 % dieser Fälle ⁴²⁸⁾. Soweit sich diese Fälle aktenmäßig auswerten ließen - es waren insgesamt 16 ⁴²⁹⁾ -, konnte in 4 Verfahren ein Entzug des elterlichen Personensorgerechts bereits vor der Scheidung festgestellt werden ⁴³⁰⁾. In 3 Verfahren waren die Eltern damit einverstanden oder beantragten selbst, daß eine Vormundschaft angeordnet werden sollte ⁴³¹⁾. Was das Interesse der Eltern an den Kindern betraf, so ging in einem Fall kein Antrag oder keine Stellungnahme der Eltern zur Frage der elterlichen Gewalt bei dem Vormundschaftsgericht ein ⁴³²⁾, in 6 Verfahren ⁴³³⁾ stellte nur die Mutter einen Antrag und nur in einem Fall ⁴³⁴⁾ lediglich der Vater. In 2 Verfahren, in denen die beiden Elternteile die Übertragung der elterlichen Gewalt auf sich bean-

425) AG OG X 203/66

426) AG OG X 4/67; AG K X 102/67

427) AG Gb X 117/69; s. Fn. 407

428) AG L:12; AG K:3; AG Gb:3; AG Wo:2; AG OG:4; AG Ob:1; AG Ett:1; der hohe Anteil von Lahr erklärt sich neben einer möglichen Zufälligkeit auch durch den längeren Untersuchungszeitraum

429) AG L X 434/68; X 50/70; X 456/61; X 78/66; X 163/67; X 102/62; X 86/64; X 1/65; AG OG X 82/67; X 214/68; X 113/68; AG K X 115/66; X 30/67; X 125/66; AG Ob X 100/68; AG Gb X 76/67

430) AG L X 1/65; AG OG X 241/68; X 113/68; AG Gb X 76/67

431) AG L X 163/67; AG OG X 82/67; AG Ob X 100/68

432) AG L X 78/66

433) AG L X 434/68; X 50/70; X 456/61; AG K X 115/66; X 125/66; AG Gb X 76/67

434) AG L X 102/62 (bezüglich eines von zwei Kindern)

tragten, wurde dennoch ein Vormundschaft angeordnet ⁴³⁵⁾.

Eine Analyse der Vormundschaftsfälle zeigt, daß die Vormundschaftsgerichte erst dann eine Vormundschaft anordneten, wenn sie im Hinblick auf das Wohl des Kindes bereits sehr bedenkliche Zustände vorfanden. Besonders augenfällig wird dies in den Fällen, in denen den Eltern bereits vor der Scheidung das Sorgerecht entzogen war. Hieraus ein krasser Beispielsfall: Die Mutter der drei Kinder (8, 3, 2), die nebenbei eine Gastwirtschaft betrieb, sprach erheblich dem Alkohol zu. Die Wohnräume und Kinderzimmer befanden sich in einem unbeschreiblich schmutzigen und verwahrlosten Zustand. Es war offensichtlich, daß die kleinen Kinder dort völlig sich selbst überlassen waren, dort ihre Notdurft verrichten mußten und anschließend nicht einmal die geringste Reinigung erhielten. Der berufstätige Vater war nicht in der Lage, dafür zu sorgen, daß seine Kinder ordentlich versorgt wurden; mit seiner Frau wurde er nicht mehr fertig ⁴³⁶⁾.

Aber auch die anderen Verfahren verdeutlichen die meist desolate Lage der Kinder ⁴³⁷⁾. Das äußert sich darin, daß sich die Kinder bereits in Heimen befinden ⁴³⁸⁾ oder eine Mutter ihr Kind in ein Heim geben will und der Vater hilflos und nicht in der Lage ist, die elterliche Gewalt auszuüben ⁴³⁹⁾. Ähnlich ist es, wenn sich die Eltern seit Jahren kaum um die Kinder gekümmert, sie den Großeltern überlassen und darüber hinaus auch keinen Unterhalt gezahlt haben ⁴⁴⁰⁾. Die Gefährdung des Wohls der Kinder wird ebenso indiziert, wenn beide Elternteile erheblichen Alkoholkonsum verzeichnen, dadurch unzuverlässig und auch nicht mehr in der Lage sind, die Kinder zu versorgen ⁴⁴¹⁾ oder wenn die Mutter keinerlei Bindung zu dem Sohn (14) hat, während der müde und resignierende Vater zu labil ist, um als Erzieher für den ihn beeinflussenden Sohn aufzutreten ⁴⁴²⁾.

Die Tatsache, daß die Vormundschaftsgerichte einen Vormund oder Pfleger erst dann bestellten, wenn keiner der beiden Elternteile überhaupt mehr willens oder in der Lage war, die Kinder noch

435) AG L X 86/64 (die Entscheidung wurde aber dann vom Landgericht aufgehoben, nachdem sich die Verhältnisse bei der Mutter kurzfristig geändert hatten); AG K X 30/67

436) AG Gb X 76/67

437) Vgl. z.B. AG L X 163/67

438) AG K X 125/66

439) AG L X 78/66

440) AG L X 434/68

441) AG L X 163/67

442) AG L X 102/62

leidlich zu erziehen, wird auch durch zwei Fälle bestätigt, in denen das Jugendamt die Anordnung einer Vormundschaft angeregt hatte und das Vormundschaftsgericht diesen Empfehlungen nicht folgte, weil es einen Elternteil noch als erziehungsgeeignet ansah: In dem einen Verfahren hatte das Jugendamt die häuslichen Verhältnisse der berufstätigen Mutter (31) als ungeordnet und unsauber bezeichnet und weiter festgestellt, daß der Junge (11) in der Vergangenheit durch sein ungepflegtes Äußeres und durch unregelmäßigen Schulbesuch aufgefallen sei. - Das Vormundschaftsgericht lehnte eine Vormundschaft ab und befand, daß sich die Verhältnisse gebessert hätten, seit es mit der Übertragung der elterlichen Gewalt befaßt sei. Der Mutter müsse also nur die Verantwortung bewußt gemacht werden. Solange aber keine Anhaltspunkte vorhanden seien, die darauf hinwiesen, daß die Mutter zur vernünftigen Erziehung des Kindes nicht imstande sei, könne ihr das Sorgerecht nicht versagt werden ⁴⁴³⁾. - Das Jugendamt befürwortete in dem zweiten Fall ebenfalls, einen Vormund zu bestellen. Der Vater sei vorbestraft, verletze die Unterhaltspflicht und sei zur Erziehung wenig geeignet. Die Mutter besitze wenig Verantwortungsbewußtsein, führe keinen einwandfreien Lebenswandel und lasse deshalb dem Kind (4) keine liebevolle und konsequente Erziehung angedeihen. - Das Vormundschaftsgericht meinte, die vom Jugendamt angegebenen Gründe reichten nicht aus, da eine Gefährdung des leiblichen und geistigen Wohls nicht hinreichend dargelegt sei. Das Kind sei noch klein, so daß es nicht ohne Not die leibliche Mutter entbehren sollte; im übrigen habe die Mutter, die ein weiteres Kind erwarte, das Aufgebot zu ihrer Wiederverheiratung bestellt, damit gewisse Bedenken gegen ihren Lebenswandel entfielen ⁴⁴⁴⁾.

443) AG OG X 4/67

444) AG OG X 42/67

13. Einfluß des Verfahrensgangs

13.1 Ermittlungstätigkeit der Vormundschaftsgerichte und der Jugendämter

13.1.1 Vormundschaftsgerichte

Nachdem die ausgewerteten Akten keine eindeutige Feststellung über den Inhalt der Ermittlungstätigkeit der Vormundschaftsgerichte zuließen ⁴⁴⁵⁾, muß sich die Darstellung der Ermittlungstätigkeit auf deren äußeren Ablauf beschränken. Immerhin war insgesamt zu ersehen, daß die Vormundschaftsgerichte bei der Ermittlung einzelner für das Kindeswohl bedeutsamer Umstände Schwierigkeiten hatten ⁴⁴⁶⁾.

Die bereits allgemein getroffene Feststellung, daß die hauptsächliche Ermittlungstätigkeit im Sorgerechtsverfahren zu den Jugendämtern hinüber gewandert ist ⁴⁴⁷⁾, wird auch durch die Untersuchung bestätigt. Gerade in der großen Mehrzahl der Verfahren, die nicht streitig ausgetragen wurden, weil eine Vereinbarung der Eltern vorlag oder ein Elternteil sich zur Sorgerechtsregelung trotz Aufforderung durch das Vormundschaftsgericht nicht geäußert hatte, begnügten sich die Vormundschaftsgerichte regelmäßig mit den Berichten der Jugendämter und stützten darauf ihre Entscheidung. Abgesehen von der nach § 1695 Abs. 1 für die Vormundschaftsgerichte vorgeschriebene Anhörung der Eltern ist eine eigene Ermittlungstätigkeit der Vormundschaftsgerichte, wie Augenschein ⁴⁴⁸⁾ oder Zeugenvernehmung ⁴⁴⁹⁾, nur bei streitigen Verfahren und auch dann nur sehr selten zu registrieren. Das Dominieren der Ermittlungstätigkeit der Jugendämter zeigt sich auch an der geringen Anzahl abweichender Entscheidungen der Vormundschaftsgerichte gegenüber den von ihnen unterbreiteten Zuteilungsvorschlägen.

AG	L	OG	K	Wo	Gb	Ob	Ett
Verfahren	299	260	125	81	57	33	27
Abweichungen	3	8	3	1	-	3	3

⁴⁴⁵⁾ Vgl. S. 38/39

⁴⁴⁶⁾ Vgl. zur Feststellung: der elterlichen Erziehungseignung, S. 28 ff; des Kindeswillens, S. 61 ff; der das Stiefelternerverhältnis ausmachenden Umstände, S. 82 ff

⁴⁴⁷⁾ Vgl. S. 12

⁴⁴⁸⁾ Vgl. AG L X 338/63; X 262/63; X 319/60

⁴⁴⁹⁾ Vgl. u. a. AG L X 123/68; X 119/68; X 223/68; AG Ob X 50/70

Die Ermittlungstätigkeit der Vormundschaftsgerichte liegt in der Praxis hauptsächlich in der Anhörung der Eltern. Während noch § 74 Abs. 3 EheG 1946 eine persönliche Anhörung der Eltern gefordert hatte, heißt es jetzt in § 1695 nur noch, daß das Vormundschaftsgericht die Eltern zu hören hat. Danach genügt auch eine schriftliche Anhörung. Die früher vorgeschriebene persönliche Anhörung sollte dem Vormundschaftsrichter einen unmittelbaren Eindruck von der Persönlichkeit der Eltern und andererseits diesen die Gelegenheit geben, sich in unmittelbarer Aussprache mit dem Richter zu den für die Entscheidung erheblichen Punkten zu äußern. Es ist mit Schwoerer zu bedauern, daß die persönliche Anhörung gerade im Hinblick auf die Schwierigkeiten der Sorgerechtsentscheidung seit der Einführung von § 1695 durch das Gleichberechtigungsgesetz ab 1.7.1958 nicht mehr obligatorisch ist, zumal aus der amtlichen Begründung nicht hervorgeht, warum sie nicht mehr normiert wurde ⁴⁵⁰⁾. Trotzdem werden die Vormundschaftsgerichte sie im Rahmen des Amtsermittlungsgrundsatzes (§ 12 FGG) wegen der Wichtigkeit dieses persönlichen Eindrucks in vielen Fällen vornehmen müssen, was sie auch tun ⁴⁵¹⁾:

AG	L	OG	K	Wo	Gb	Ob	Ett
Verfahren	299	260	125	81	57	33	27
Richterliche Anhörung Vater und Mutter	44	170	13	38	25	12	7
Nur Mutter ⁴⁵²⁾	-	33	5	11	3	2	9
Nur Vater ⁴⁵²⁾	-	9	4	1	2	-	2

Während beim Amtsgericht Kehl die Eltern fast ausschließlich bei streitigen Verfahren vom Richter persönlich gehört wurden, legte

450) Vgl. hierzu und zum Vorstehenden: Staudinger-Schwoerer, § 1671, Anm. 161 u. 9 mit dem entsprechenden Quellenhinweis; vgl. Bossard aaO, S. 10, der meint, die Anhörung der Eltern werde von den Juristen anscheinend nicht sehr hoch eingeschätzt; zur tatsächlichen Änderung durch die Reform vgl. S. 145

451) Nach § 14 Ziff. 15 RPflG bleibt dem Richter die Übertragung der elterlichen Gewalt gem. § 1671, 1672 vorbehalten. Deshalb ist er auch für die Anhörung zuständig. In den ihm gem. § 4 Abs. 1 RPflG übertragenen Verfahren nimmt der Rechtspfleger die Anhörung vor. Vgl. auch § 25 RPflG, wonach der Rechtspfleger bei der Vorbereitung richterlicher Amtshandlungen mitwirken kann

452) Der jeweils andere Elternteil erschien nicht; in Lahr wurde danach noch nicht differenziert

der Vormundschaftsrichter des Amtsgerichts Offenburg hierauf besonders großen Wert, wick aber gegen Ende des Untersuchungszeitraums von seiner Praxis ab, weil er sich durch die Zunahme der Verfahren zeitlich überbeansprucht fühlte ⁴⁵³⁾. Soweit es bei den anderen Gerichten zu keinen richterlichen Anhörungen kam, hatte dies in vielen Fällen folgenden Grund: Die Eltern wurden nach der Scheidung durch die Geschäftsstellen der Amtsgerichte schriftlich darauf hingewiesen, daß sie ihre Wünsche und Vorstellungen zur Regelung der elterlichen Gewalt schriftlich oder zu Protokoll der Geschäftsstelle vortragen könnten. Erschienen daraufhin die Eltern oder kam auch nur ein Elternteil, wirkten die als Rechtsantragstelle fungierenden Rechtspfleger (§ 24 RPflG) bereits in diesem Stadium des Verfahrens auf eine einverständliche Lösung hin. gelang dies, wurde aufgrund der vorbereitenden Tätigkeit des Rechtspflegers eine richterliche Anhörung nicht mehr für erforderlich gehalten.

Obgleich die Vormundschaftsgerichte in den meisten Fällen keine eigene Ermittlungstätigkeit anstellten, unterliefen ihnen auch dabei noch Fehler. Auch wenn in einigen der Fälle Vereinbarungen der Eltern vorlagen, entschied das Amtsgericht Kehl in 11 Verfahren, ohne einen Jugendamtsbericht angefordert oder erhalten zu haben. Weil das Amtsgericht Lahr es unterließ, die Mutter des Kindes und auch die Pflegemutter, bei der sich das Kind befand, anzuhören, teilte es dem Vater die elterliche Gewalt zu. Erst auf die Beschwerde der Mutter hin stellte sich in der 2. Instanz der wahre Sachverhalt heraus; die Mutter erhielt das Sorgerecht ⁴⁵⁴⁾.

Ebenso erging es dem Amtsgericht Kehl, als es in einem Fall wiederum keinen Jugendamtsbericht eingeholt hatte und auch eine vom Anwalt des Vaters angekündigte Stellungnahme nicht abwartete. Seine Entscheidung stützte es auf einen von ihm in wenig detaillierten Form aufgesetzten und von der Mutter dürftig ausgefüllten Fragebogen. Das Ausmaß des Streites wurde erst in der 2. Instanz sichtbar ⁴⁵⁵⁾. In zwei anderen Verfahren hätte das Vormundschaftsgericht mindestens weitere Ermittlungen veranlassen müssen. In einem Fall war der Bericht des Jugendamtes zu unbestimmt, im anderen Fall teilte das Vormundschaftsgericht der Mutter die elterliche Gewalt ohne weitere Ermittlung und dementsprechend auch mit unzureichender Begründung zu, obwohl das Jugendamt der Mutter eine unzureichende

453) So die Begründung des Richters beim persönlichen Gespräch

454) AG L X 334/70

455) AG K X 31/65

und mangelhafte Erziehung vorwarf ⁴⁵⁶⁾. Schließlich versäumte es ein Vormundschaftsgericht bei zwei Jungen (12, 9) zu erforschen, zu welchem Elternteil sie wollten oder zu welchem sie eine größere Zuneigung besaßen. Es kam so zu der Feststellung, der Vater biete ihnen die Voraussetzungen einer gedeihlichen Entwicklung, unter anderem auch deshalb, weil eine Haushälterin für sie sorgen könne. Erst in der Beschwerdeinstanz stellte sich nach Anhörung der Kinder heraus, daß sie sich bei der Mutter wohl fühlten und die Haushälterin selbst 2 Kinder (19, 9) besaß, denen die beiden Jungen fremd gegenüber standen ⁴⁵⁷⁾.

13.1.2 Jugendämter

Weil die Vormundschaftsgerichte selbst wenig ermitteln, sind sie in weitem Umfang auf die Untersuchung der häuslichen, persönlichen, wirtschaftlichen und sonstigen in Betracht kommenden Verhältnisse der Beteiligten durch die Jugendämter angewiesen. Daher kann sich auch die Anhörung der Eltern durch die Vormundschaftsgerichte nur erfolgreich gestalten, wenn ein eingehender Bericht des Jugendamts vorliegt ⁴⁵⁸⁾. Die große Bedeutung, die danach den Berichten der Jugendämter zukommt, ist unverkennbar ⁴⁵⁹⁾. Ihre Erhebungen können deshalb nicht sorgfältig und gewissenhaft genug gemacht werden ⁴⁶⁰⁾. Es ist hier nicht möglich, eine breite Analyse über den Wert der tatsächlich geleisteten Arbeit der Jugendämter in dem untersuchten Landgerichtsbezirk anzustellen. Dieser Wert ließe sich anhand der Fälle auch gar nicht ausmachen, weil dazu weitere, über die Aktenlage hinausgehende Untersuchungen über die zukünftige Entwicklung der Kinder nach der Scheidung vorgenommen werden müßten ⁴⁶¹⁾. Einige Anmerkungen erlaubt das gesammelte Material trotzdem:

Es ließen sich fehlerhafte und unvollständige Ermittlungen - durch-

456) AG K X 115/66; X 181/68

457) AG L X 359/62

458) Sommermeyer, Nachrichtendienst 1953 (Januar), 18

459) Schnitzerling, Die vormundschaftsrichterlichen Erziehungsaufgaben, S. 11; Munzinger aaO, S. 405; Prietzel aaO, S. 110; Sommermeyer aaO, S. 18; Kemper aaO, S. 481; vgl. auch Stebler, Informatio 1966, 33 ff (35); Biedermann, Schw.Zschr.f.Gem. 1937, 35; Niggli, Schw.Zschr.f.Gem. 1937, 52 ff

460) Biedermann aaO, S. 35; Asal, Schw.Zschr.f.Gem. 1966, 77 ff; Niggli aaO

461) Haffter aaO, der solche Untersuchungen in der Schweiz durchgeführt hat; vgl. auch die neueren Ergebnisse von Lempp, FamRZ 1975, 70 ff

geführt von Fürsorgerinnen (jetzt: Sozialarbeiterinnen) - nachweisen. In einem Fall berichtete die Fürsorgerin, der Vater zeige Interesse für das Kind, das sich in einer Pflegestelle befand, während die Mutter kaum Initiative aufbringe und wenig für es sorge. Später stellte sich gerade das Gegenteil heraus ⁴⁶²⁾. Eine andere Fürsorgerin vertraute offenbar allein schon den Angaben einer Großmutter. Im Verfahren zeigte sich dann entgegen ihrem Bericht, daß sich der Vater nicht um das Kind kümmerte, der Stiefgroßvater die Anwesenheit des Kindes nicht länger ertragen konnte und die Großmutter sich weigerte, das Kind in den Kindergarten zu geben ⁴⁶³⁾.

Andererseits konnten auch gute und differenzierte Stellungnahmen festgestellt werden. So in einem Fall, in dem die Eltern - Vater: Unternehmer; Mutter: Hausfrau, Wiederheirat - vereinbart hatten, dem Vater die elterliche Gewalt über die beiden später als seine Nachfolger vorgesehenen Söhnen (15, 13) zu belassen, während sie tatsächlich von der Mutter betreut werden sollten. Das Jugendamt lehnte die Vereinbarung ab, weil sich der Vater, ohne den Willen zu haben, sich seiner Söhne anzunehmen, eine dauernde Einflußmöglichkeit verschaffen wolle. Durch die von den Eltern vorgeschlagene Lösung würden die Kinder zwischen den Eltern hin- und hergerissen. Sie verführe die Kinder dazu, die Erwachsenen gegeneinander auszuspielen. Kurze Zeit später mußte sich das Vormundschaftsgericht, das die Vereinbarung trotzdem gebilligt hatte, von der Richtigkeit der Stellungnahme des Jugendamts überzeugen lassen ⁴⁶⁴⁾. In einem anderen Verfahren veranlaßte der ausführliche und mit psychologischen Überlegungen angereicherte Bericht des Jugendamts das Vormundschaftsgericht zu einer gründlichen Auseinandersetzung mit dem Fall ⁴⁶⁵⁾.

In den meisten der Fälle, vor allem in den Vereinbarungsfällen, sind die Berichte kurz und einfach gehalten und beschränken sich auf Angaben über Versorgung und Betreuung der Kinder, sowie über die Wohnverhältnisse; Ansätze in psychologischer Richtung finden sich sehr selten. Aus ihrem somit vorwiegend äußerliche Fakten enthaltenden Inhalt läßt sich nicht ohne weiteres ein negativer

462) Vgl. AG L X 334/70

463) AG L X 136/68

464) AG L X 231/67

465) AG Ob X 50/70

Schluß auf den Wert der Ermittlungsarbeiten ziehen, weil die für das Wohl des Kindes wichtigere geistige Entwicklungsmöglichkeit und die damit korrespondierende Erziehungsfähigkeit der Elternteile nicht angesprochen und untersucht erscheint. Die Jugendämter leisten nämlich oft eine umfangreiche Kleinarbeit ⁴⁶⁶⁾ und der Bericht gibt dann nur in wenigen Worten das Ergebnis der Gesamtuntersuchung wieder. So kann in der immer wiederkehrenden Wendung, "das Kind wird gut versorgt und betreut", gleichzeitig ein Urteil über die Erziehungsfähigkeit des Elternteils gesehen werden. Dennoch wäre es wünschenswert, wenn in dieser Beziehung die Berichte eine dahingehende Untersuchung deutlicher machen würden. Dies hätte dann auch rein äußerlich weniger formelhafte und damit differenziertere Stellungnahmen zur Folge.

13.2 Einholung von psychologischen Gutachten - Rolle der Psychologie

Der Vormundschaftsrichter kann erst dann sachgemäß nach § 1671 entscheiden, wenn er weiß, wie unter dem Blickpunkt "Wohl des Kindes" die gegenwärtigen Entwicklungsbedingungen des Kindes reifungsbiologisch, psychologisch, psychopathologisch, soziologisch usw. zu bewerten sind. Denn "die Dominanz der Probleme bei diesen Kindern liegt in der gestörten seelischen Beziehung zwischen Eltern und Kind" ⁴⁶⁷⁾. Es würde daher dem notwendigen Dienst am Kind widersprechen, wenn die Vormundschaftsgerichte auf pädagogische und psychologische Untersuchungen verzichteten ⁴⁶⁸⁾.

Obwohl es demnach wichtig ist, vor allem ein klares Bild über die psychische Situation des Kindes und die Bedeutung der verschiedenen Umweltfaktoren für seine geistige-seelische Entwicklung zu gewinnen, je komplexer der Einzelfall gelagert ist ⁴⁶⁹⁾, zeigt die Analyse der vormundschaftsgerichtlichen Praxis eine beunruhigend geringe Neigung, sich der Hilfe psychologischer Fachkräfte zu bedienen. So war bei den streitigen Verfahren nur ein Fall zu registrieren, bei dem ein psychologisches Gutachten eingeholt wurde ⁴⁷⁰⁾. In einem weiteren Fall hatte ein Vormundschaftsgericht

466) Vgl. Schnitzerling aaO, S. 11; vgl. auch Sommermeyer aaO

467) Müller-Freienfels aaO, S. 398/399

468) Vgl. Kiene, Lebensrecht und Lebensbedürfnisse des Kleinkindes, S. 9

469) Vgl. Starck aaO, S. 614

470) AG L X 319/60

wohl ein Gutachten angefordert, weil es dies offenbar angesichts der schwierigen Fallgestaltung für notwendig erachtete, wartete dann aber die gutachterliche Stellungnahme nicht mehr ab. Es fällte eine Kompromißentscheidung, indem es die Kinder zwischen den Eltern aufteilte⁴⁷¹⁾. Das dann in der Beschwerdeinstanz vom Landgericht Offenburg abgewartete Gutachten widerlegte die Entscheidung des Vormundschaftsgerichts vom Ergebnis her und zeigte auf, welche psychologische Fehlentscheidung dem Gericht unterlaufen war.

Abgesehen von den Schwierigkeiten bei der Durchführung, hätte es über den Rahmen dieser Arbeit hinausgeführt, auch nur die streitig durchgeführten Verfahren kritisch daraufhin zu untersuchen, wann eine psychologische Begutachtung angezeigt gewesen wäre. Wenn hier trotzdem in einem Fall ein fehlendes Gutachten bemängelt wird, soll dies nur als Beispiel dafür dienen, daß überhaupt eine größere Notwendigkeit für derartige psychologische Untersuchungen besteht:

So hätte in dem geschilderten Fall F. ⁴⁷²⁾ ein psychologisches Gutachten eingeholt werden müssen. In dieses wären auch die Eltern einzubeziehen gewesen ⁴⁷³⁾. Der Vater war durch seine extrem rechthaberische - er überschüttete die Gerichte geradezu mit eigenen Schriftsätzen - und kleinliche Art aufgefallen, so daß Zweifel angebracht waren, ob er ein geeigneter Erzieher für Kleinkinder (Mädchen 4, Junge 2 1/2) sein konnte. Schließlich lag bei ihm zumindest der Verdacht nahe, daß er nicht allein aus Liebe zu den Kindern seine aussichtsreiche Stellung aufgab und Heimarbeit annahm, sondern nur, um die Kinder nicht der Mutter überlassen zu müssen. Bei der Mutter dagegen war eine stärkere Zuneigung zur Tochter aufgefallen, so daß die Frage offen blieb, ob dies zu einer ungleichmäßigen, die Tochter bevorzugenden Erziehung führen würde oder ob sie genügend Mutterliebe für den Sohn empfand, um ihn dennoch nicht zurückzusetzen. Sowohl das Vormundschaftsgericht als auch das Landgericht Offenburg verließen sich in ihren Entscheidungen nur auf den von ihnen gewonnenen Eindruck oder argumentierten mit Vermutungen. So kam es dann auch zu verschiedenen Beurteilungen. Das Vormundschaftsgericht meinte, Kleinkinder gehörten zur Mutter und dieser fehle es aufgrund seines Eindrucks nicht an

471) AG Wo X 90/68 (vgl. Fn. 362)

472) AG L X 223/68 (Fn. 154)

473) Vgl. die entsprechende Forderung bei Luther, in: Gerichtliche Psychologie, S. 23; Lutz, Schw.Zschr.f.Gem. 1937, 51

Mutterliebe zum Sohn, obwohl sie mehr an der Tochter hänge. Dagegen urteilte das Landgericht, die Bevorzugung der Tochter durch die Mutter erlaube es nicht, ihr die elterliche Gewalt über die Kinder zu übertragen; außerdem sei der Vater trotz seiner möglicherweise bestehenden kleinlichen Haltung als Erzieher nicht weniger geeignet als die Mutter. Eine eingehende psychologische Untersuchung der Eltern und Kinder, die die Gerichte nach § 12 FGG im Rahmen ihrer Aufklärungspflicht hätten anordnen müssen, hätte ihnen eine bessere Entscheidungsgrundlage vermittelt.

Die nachgewiesene geringe Neigung der Vormundschaftsgerichte, psychologische Sachverständige heranzuziehen, ist wohl einmal dadurch zu erklären, daß sie nicht in der Lage sind, die Fehlerhaftigkeit eines mit wissenschaftlichem Rüstzeug verbrämten Gutachtens zu erkennen, und befürchten, daß durch schlechte Sachverständige großes Unheil angerichtet wird. Als weiterer Grund ist zu nennen, daß die Vormundschaftsrichter hauptsächlich auf ihre eigene Lebenserfahrung bauen und sich vielfach von dem Gedanken leiten lassen, ein Gutachten biete bei einem ohnehin schon schwierigen Fall geringe Aussichten der Klarstellung und könne dann höchstens zur weiteren Verwirrung beitragen ⁴⁷⁴), insbesondere dann, wenn es selbst zu keinem eindeutigen Ergebnis komme ⁴⁷⁵).

Für die große Zahl der Fälle, in denen geschiedene Eheleute sich über die Verteilung der Kinder in angemessener Weise einigen - angemessen im Sinne von: das Wohl des Kindes in guter Weise berücksichtigen -, werden keine psychologischen Gutachten erforderlich sein. Bei einer entsprechend sorgfältigen Ermittlungstätigkeit durch die

474) Vgl. Luther, (Fn. 473), S. 13/18; die genannten Motivationen wurden von fast allen im Rahmen dieser Untersuchung erreichbaren Vormundschaftsrichtern im persönlichen Gespräch bestätigt. Vielleicht ist diese geringe Neigung auch durch den kleinstädtisch-ländlichen Charakter des untersuchten Landgerichtsbezirks zu erklären, so daß dann in Großstadtbezirken andere Erfahrungen vorliegen müßten. Nur so könnte auch Lüderitz aaO, S. 607 zu verstehen sein, der unter Hinweis auf die Untersuchungen von Lempp/Wagner (FamRZ 1975, 70) meint, es sei bewährte Praxis, im Einzelfall einen Sachverständigen heranzuziehen

475) Dies war gerade auch bei dem einzigen psychologischen Gutachten, das ein Vormundschaftsgericht einholte, der Fall; erst die zweite Stellungnahme brachte Klarheit, nachdem sich die Verhältnisse geändert hatten (vgl. Fn. 470)

Jugendämter dürfte die gewissenhafte Prüfung der Vorschläge durch das Vormundschaftsgericht hier genügen. Es bleibt aber noch eine Anzahl von Fällen übrig, die schwer durchschaubar sind und deshalb einer psychologischen Klärung bedürfen. Hier darf um des Wohls des Kindes Willen nichts unversucht gelassen werden, um Klarheit zu finden und zu einer optimalen Lösung zu kommen⁴⁷⁶⁾. Dazu wird es aber eines geistigen und fachlichen Umdenkungsprozesses bei den Vormundschaftsgerichten - wie in den juristischen Kreisen überhaupt - bedürfen, um Erkenntnismaterial aus anderen Wissenschaftszweigen zur Entscheidungsfindung heranzuziehen oder deren vertiefende Erkenntnismöglichkeit bereitwilliger auszunutzen. Sicherlich muß dabei die eigene Erfahrung des Richters, als des für die Entscheidung Verantwortlichen, weiterhin eine Rolle spielen; es muß aber die Neigung abgebaut werden, sich allein auf die nicht selten laienhafte und auch nicht vorurteilslose Erfahrung zu verlassen. Mit Recht wird immer wieder auf die in den USA im Vormundschaftswesen längst bestehende weitreichende Zusammenarbeit zwischen Juristen, Psychologen, Medizinern und Soziologen hingewiesen⁴⁷⁷⁾. Diese interdisziplinäre Zusammenarbeit ist auf die Erkenntnis zurückzuführen, daß sich schwierige menschliche Lebenssachverhalte, mit denen die Vormundschaftsbehörden in der Regel zu tun haben, nicht allein mit juristischem Rüstzeug und einer Portion Lebenserfahrung lösen lassen.

Für die Zukunft wäre bereits viel gewonnen, wenn ein Zusammenwirken der Vormundschaftsgerichte mit Fachleuten anderer Wissenschaften gefördert und verstärkt werden könnte⁴⁷⁸⁾, damit die praktische Rechtsanwendung den Anschluß an die wissenschaftliche Entwicklung anderer Disziplinen und an die Rechtsentwicklung anderer Länder behält⁴⁷⁹⁾. Die den Vormundschaftsgerichten nach dem Gesetz auferlegte Verpflichtung, alle Erkenntnismöglichkeiten auszuschöpfen, sollte hierzu Anlaß und Mahnung genug sein. Als ein erster Anfang kann dabei eine Entscheidung angesehen werden, in der - soweit fest-

476) Tägert, in: Gerichtliche Psychologie, S. 77/78

477) Vgl. Müller-Freienfels aaO, S. 399, Fn. 112; Quambusch aaO, S. 99/100

478) Tägert aaO, S. 68/69, weist auf der anderen Seite darauf hin, daß es gerade auch die Psychologen waren, die sich selbst wenig mit dem Problemkreis Ehescheidung und Zuteilung der elterlichen Gewalt beschäftigt und kaum etwas zur Erhellung dieses Gebietes beigetragen haben

479) Giesen aaO, S. 170

stellbar - erstmalig von einem deutschen Gericht die Erkenntnisse der Entwicklungspsychologie ⁴⁸⁰⁾ als für die Entscheidung maßgebend angesehen worden sind ⁴⁸¹⁾.

B) Zusammenfassende Auswertung

1. Allgemeine Auswertung

1.1 Gesamtscheidungsanzahl und Anteil der Sorgerechtsverfahren

Im Landgerichtsbezirk Offenburg wurden in dem Untersuchungszeitraum von 1965 bis 1970 insgesamt 1.067 Ehen geschieden ⁴⁸²⁾. In der gleichen Zeit ergingen beiden 6 Amtsgerichten 750 Sorgerechtsentscheidungen ⁴⁸³⁾. Dies entspricht - bezogen auf die Gesamtscheidungsanzahl - einem prozentualen Anteil von 70 %. Dieser Prozentsatz ist jedoch nur bedingt richtig, weil alle Sorgerechtsverfahren unabhängig davon registriert wurden, ob das entsprechende Scheidungsurteil auch in dem Bezirk und in dem genannten Zeitraum ausgesprochen wurde. Er wird aber nur sehr geringfügig nach oben oder unten abweichen, weil die Diskrepanz zwischen den durch die 1.067 Scheidungen tatsächlich ausgelösten und den hier festgestellten Sorgerechtsverfahren klein sein dürfte. Aus zeitlicher Sicht schon deshalb, weil diejenigen Sorgerechtsverfahren von 1965, die aus einer Scheidung des Jahres 1964 resultierten, registriert wurden, während es bei denjenigen nicht der Fall war, die in 1971 aufgrund einer Scheidung von 1970 erfolgten. Damit ist zahlenmäßig in etwa ein Ausgleich gegeben. Für den Untersuchungszeitraum kann demnach davon ausgegangen werden, daß es in rd. 70 % der Ehescheidungsfälle zu einem Sorgerechtsverfahren kam. Der damit gleichzeitig festgestellte Prozentsatz der geschiedenen Ehen mit Kindern liegt damit etwas über dem Bundesdurchschnitt, der 1965 bei 61 % und 1970 bei 64 %

480) Vgl. Gesell, Das Kind von 5 bis 10 Jahren; Die Jahre von 10-16; Hetzer, Kind und Jugendlicher in der Entwicklung; Stern, Jugendpsychologie; Hassenstein, Verhaltensbiologie des Kindes; Rempelaar; vgl. Quambusch, ZblJugR 1973, 385 ff mit seiner Besprechung ausgewählter entwicklungspsychologischer Literatur

481) LG Oldenburg, RdJ 1972, 280/281; vgl. auch Quambusch (Fn. 477)

482) Diese Zahl wurde der statistischen Aufstellung der Geschäftsstelle des Landgerichts Offenburg entnommen.

483) Bei dieser Zahl sind die Verfahren des AG Lahr von 1960-1964 und die Verfahren des AG Ettenheim ausgeklammert

lag 484).

1.2 Das elterliche Verhalten gegenüber dem Sorgerechtsverfahren

Bei der Auswertung erschien es ebenfalls von Interesse, einen allgemeinen Überblick über die untersuchten Sorgerechtsverfahren zu gewinnen. Aus diesem Grunde wurde auch festgehalten, wie sich die geschiedenen Eltern anlässlich des Sorgerechtsverfahrens verhielten: ob sie sich auf einen gemeinsamen Vorschlag einigten, ob sie das Sorgerechtsverfahren mit gegenteiligen Anträgen streitig durchführten, ob sie sich uninteressiert oder passiv verhielten, indem sie sich gegenüber dem Vormundschaftsgericht nicht äußerten, ob sie nicht ernstzunehmende und auch offensichtlich unbegründete Anträge stellten und ob sie die von den Vormundschaftsgerichten getroffenen Entscheidungen hinnahmen oder Beschwerde dagegen einlegten.

Wie bereits ausgeführt, wurde in ca. 63 % aller 882 untersuchten Fälle eine Einigung der Eltern festgestellt ⁴⁸⁵⁾. Daneben war als aufschlußreich die Anzahl der streitigen Sorgerechtsverfahren anzusehen ⁴⁸⁶⁾.

AG	L	OG	K	Wo	Gb	Ob	Ett	Total
Verfahren	299	160	125	81	57	33	27	882
streitig durchge- führt	37	26	15	7	8	6	1	100

Die Tabelle zeigt, daß im Verhältnis zur Gesamtverfahrenszahl die streitigen Verfahren einen bemerkenswert geringen Anteil mit 11,3 % einnehmen. Diese Quote sinkt weiter bis auf 9,7 %, wenn man für Lahr, wie für die anderen Amtsgerichte, nur den Untersuchungszeit-

484) Vgl. Fn. 37 u. 39

485) S. 47

486) Als streitig wurden die Verfahren nicht nur registriert, wenn die Eltern gegensätzliche Anträge stellten, sondern in wenigen Fällen auch dann, wenn ein Elternteil gegen den anderen oder auch das Jugendamt gegen einen Elternteil schwerwiegende Bedenken äußerte und deshalb z.B. auch die Übertragung der elterlichen Gewalt auf einen Pfleger angeregt oder beantragt wurde

raum von 1965-1970 zugrunde legt. Dort entfielen auf die Zeit von 1960-1964 immerhin 20 streitige Fälle bei nur 105 Verfahren, während in den Jahren von 1965-1970 auf 194 Verfahren nur 17 streitige Fälle kamen. Dadurch sank die Streitquote von einem zum anderen Untersuchungszeitraum von 19 % auf 8,7 %. Dies könnte darauf hindeuten, daß der prozentuale Anteil der streitigen Verfahren im eigentlichen Untersuchungszeitraum gegenüber den früheren Jahren gesunken ist. Sicher kann dies jedoch nicht gesagt werden, weil hierzu nur die Untersuchung beim Amtsgericht Lahr für die Zeit vor 1965 vorliegt.

Bei den streitigen Verfahren verdient als bemerkenswert noch festgehalten zu werden, daß es zu einer streitigen Auseinandersetzung zwischen den Eltern in der weit überwiegenden Zahl der Fälle dann kam, wenn die Kinder noch sehr jung und klein waren. Die Analyse ergab, daß die Kinder in der Regel nur bis zu 10 Jahre alt waren, vereinzelt bis zu 12 Jahren, sehr selten aber darüber. Selbst dann, wenn einmal über die Zuteilung eines Kindes über 12 Jahren entschieden wurde, war dieses Kind dann nicht allein, sondern besaß noch Geschwister, die wiederum unter 12 oder 10 Jahre als waren. Lediglich in 2 Verfahren stritten sich die Eltern um die Kinder, die einschließ-lich vorhandener Geschwister älter als 12 Jahre waren ⁴⁸⁷⁾.

Neben den Vereinbarungen und den streitigen Verfahren verblieben die Fälle, in denen sich die Eltern oder ein Elternteil passiv, uninteressiert oder im Grunde nur vordergründig engagiert verhielten. Das äußerte sich darin, daß keine Anträge oder Stellungnahmen gegenüber den Vormundschaftsgerichten abgegeben wurden oder, wenn dies dennoch der Fall war, diese offensichtlich rechtlich unzulässig ⁴⁸⁸⁾ oder aber tatsächlich unsinnig ⁴⁸⁹⁾ waren, weil nicht einmal die äußeren Umstände für das Wohl des Kindes in minimaler Weise gewährleistet werden konnten oder weil der Antrag kurze Zeit später zurückgenommen wurde ⁴⁹⁰⁾. Die beiden zuletzt genannten Fallgruppen werden in der folgenden Tabelle

487) AG L X 326/68 (Kinder 14 u. 13); AG Ob X 99/68 (Kinder 14. u. 13 an der Grenze AG OG X 244/66 (Kinder 18, 16, 14 u. 11)

488) z.B. der Elternteil verlangt ein späteres Mitspracherecht in der Erziehung (AG L X 391/68)

489) Der Elternteil sitzt für längere Zeit im Gefängnis, hält sich im Ausland auf oder er ist sonstwie gehindert, die elterliche Gewalt in irgendeiner Form sinnvoll auszuüben

490) z.B. AG L X 218/61; teilweise wurden in den Stellungnahmen nur Bedenken geäußert (vgl. AG OG X 18/67)

unter "unwesentlich streitig" geführt.

AG	L	OG	K	Wo	Gb	Ob	Ett
Verfahren	299	260	125	81	57	33	27
streitige Verfahren (einschl. str. Vereinb.)	37	26	15	7	8	6	1
Vereinbarungen	166	158	81	57	39	23	17
keine Anträge oder Stellungnahmen:							
Vater	55	36	21	10	5	3	7
Mutter	9	6	1	4	1	1	1
Beide	14	11	1	-	1	-	1
unwesentlich streitig	18	23	6	3	3	-	-
Total	96	76	29	17	10	4	9

Mit ca. 27 % aller untersuchten Verfahren stellt die zuletzt beschriebene Fallgruppe elterlichen Verhaltens gegenüber dem Sorgerechtsverfahren ein nicht unerhebliches Kontingent dar (insgesamt 241 Fälle). Dieser Prozentsatz und die hohe Quote der elterlichen Vereinbarungen (ohne die streitigen) - beide zusammen erreichen 88,7 % - könnten ein Anzeichen dafür sein, daß ein Kampf um das Kind in weitaus weniger Fällen stattfindet, als dies vermutet werden könnte⁴⁹²⁾. Bei der Reaktion der Eltern auf die von den Vormundschaftsgerichten getroffenen Entscheidungen konnte festgestellt werden, daß sie diese in den meisten Fällen hinnahmen.

AG	L	OG	K	Wo	Gb	Ob	Ett	Total
streitige Verfahren	37	26	15	7	8	6	1	100
2. Instanz	8	4	-	2	4	3	1	22
Änderungen durch die 2. Instanz	4	-	-	1	-	-	-	5
3. Instanz	2	1	-	1	1	-	-	5

491) Vgl. S 131; nach einer im Mai 1977 erteilten Auskunft des Rechtspflegers des AG Lahr waren die streitigen Verfahren nach 1970 bis heute weiter rückläufig

492) Vgl. auch die in die gleiche Richtung zielenden Ausführungen Haffters aaO, S. 46; er meint weiter, daß die meisten Publikationen von einer Auswahl ungünstiger Fälle ausgingen

Wie die Tabelle ausweist, legten die Eltern lediglich in 22 von 100 streitigen Verfahren, also in 22 % der Fälle, Beschwerde gegen die Entscheidung der Vormundschaftsgerichte ein. Da in den übrigen Verfahren keine Rechtsmittel eingelegt wurden, entspricht dies, bezogen auf die Gesamtverfahrenszahl (882), einer Quote von 2,5 %. In zwei weiteren Verfahren wurde die Beschwerde später zurückgenommen ⁴⁹³⁾. Nur in 5 Fällen gaben sich die Eltern mit der zweitinstanzlichen Entscheidung des Landgerichts Offenburg ebenfalls nicht zufrieden und legten weitere Beschwerde zum Oberlandesgericht Karlsruhe ein ⁴⁹⁴⁾. Dabei wurde nur eine der Entscheidungen des Landgerichts aufgehoben und der Fall zur erneuten Verhandlung zurückverwiesen ⁴⁹⁵⁾. Die abweichenden zweitinstanzlichen Entscheidungen verdienen in diesem Zusammenhang deshalb Beachtung, weil das Wohl des Kindes im gleichen Verfahren von zwei unabhängigen und dazu noch unterschiedlich besetzten gerichtlichen Organen (Vormundschaftsgericht-Einzelrichter; Landgericht-Kammer mit drei Richtern) beurteilt wurde. Waren sie bereits zahlenmäßig gering, führte ihre eingehendere Untersuchung zu der Feststellung, daß tatsächlich unterschiedliche Beurteilungen des Kindeswohls nur in zwei Fällen vorlagen ⁴⁹⁶⁾. Die anderen drei abweichenden Entscheidungen kamen deshalb zustande, weil teilweise ungenügende Ermittlungen angestellt worden waren und sich teilweise auch die tatsächlichen Verhältnisse in der Zeit zwischen der 1. und 2. Entscheidung geändert hatten ⁴⁹⁷⁾.

2. Zuteilung der Kinder

2.1 Zuteilung und allgemeine Regelbildung

AG	L	OG	K	Wo	Gb	Ob	Ett	Total	Quote
<u>Zuteilung:</u>									
Vater	36	31	11	12	6	2	4	102	11,7
Mutter	238	221	103	58	43	28	22	713	80,9
Trennung d. Kinder	12	4	8	10	5	2	-	41	4,5
Vormundschaft	12	4	3	2	3	1	1	26	2,9

493) AG L X 136/68; AG K X 164/70

494) AG L X 223/68; X 86/64; AG OG X 398/69; AG Wo X 22/66;
AG Gb X 89/69

495) AG L X 223/68 (s. Fn. 154)

496) AG L X 223/68; AG Wo X 90/68 (s. Fn. 147, 471)

497) AG L X 334/70; X 86/64; X 359/62 (vgl. auch Fn. 153); mit den abweichenden Entscheidungen waren in keinem Fall ein unmittelbarer, möglicherweise schädlicher Umgebungswechsel verbunden

Zu einer weiteren Aufschlüsselung der obigen Aufstellung verhilft die nächste Tabelle. Daraus ist zu ersehen, in wievielen Fällen jeweils der alleinschuldige, nichtschuldige oder mitschuldige Elternteil das Sorgerecht allein aufgrund einer Entscheidung (E) des Vormundschaftsgerichts zugesprochen erhielt oder die Zuteilung einer elterlichen Vereinbarung (V) entsprach:

AG	Vater		Mutter	
	V	E	V	E
allein-schuldig	6	4	34	13
nicht-schuldig	32	26	256	144
mit-schuldig	13	12	146	73
ohne Schuldspruch	3	1	16	4
498)	1	3	15	6
Getrennt- leben	-	1	1	5
Total	55	47	468	245
	102		713	

Die Aufstellungen lassen mit rd. 88 % der Fälle eine überragende Tendenz für eine Zuteilung der Kinder an die Mütter erkennen, wenn man die Fälle der Kindertrennung und Vormundschaftsanordnung (67) ausklammert. Dagegen kann die Übertragung des Sorgerechts auf die Väter als eine Art Ausnahme von der Regel betrachtet werden.

Dieser Ausnahmecharakter wird weiter deutlich, wenn man feststellen muß, daß dabei ein Hauptteil der Zuteilungsfälle ($32 + 26 = 58$ Fälle = 56 %) dort lag, wo der Vater nicht schuldig an der Scheidung war, während die Zahlen erheblich sanken, wenn der Vater die Alleinschuld ($6 + 4 = 10$ Fälle) oder eine Mitschuld ($13 + 12 = 25$ Fälle) an der

498) Erläuterungen zur Tabelle: In Lahr und Offenburg wurde eine Aufschlüsselung bei Getrenntleben der Eltern oder bei Scheidung ohne Schuldspruch noch nicht vorgenommen (vgl. S. 106). Sie sind deshalb in einer gesonderten Zahlenreihe zusammengezogen. Die Vormundschafts- und Geschwistertrennungsfälle sind in der Tabelle nicht enthalten.

Scheidung traf. Daher ist auch zu erwarten, daß sich die Zahl der Zuteilungen an die Väter weiter verringert, wenn der Einfluß der Scheidungsschuld im Sorgerechtsverfahren beseitigt sein wird. Wie die Analyse der streitigen Vereinbarungsfälle gezeigt hat, würde sich diese Abwärtstendenz noch weiter fortsetzen, wenn die Bindung der Vormundschaftsgerichte an die elterliche Vereinbarung entfiel⁴⁹⁹⁾. Immerhin beruhten 55 (= 53 %) von 102 Zuteilungen an die Väter auf einer Vereinbarung der Eltern.

Die Vormundschaftsgerichte begründeten die eindeutige Bevorzugung der Mütter damit, daß die Kinder in aller Regel bei ihnen besser aufgehoben seien, weil sie besser versorgt, gepflegt und erzogen würden. Vor allem stehe die Mutter der Gefühls- und Empfindungswelt der Kinder in jüngeren Jahren - insbesondere dann, wenn es sich um Kleinkinder handelt - näher als der Vater⁵⁰⁰⁾. Auch die Väter scheinen sich dieser Umstände bewußt zu sein. Dies beweist ein Blick auf die hohe Zahl von Zuteilungsvereinbarungen zugunsten der Mütter in den Fällen, in denen beide Elternteile schuldig an der Scheidung waren und damit eine für beide Teile gleiche Ausgangsposition vorlag. Während in 146 Fällen eine Vereinbarung zugunsten der Mutter getroffen wurde, geschah dies nur in 13 Fällen zugunsten des Vaters. Darüber hinaus zeigt die geringe Anzahl von Fällen, in denen die Mütter dem Sorgerechtsverfahren uninteressiert oder passiv gegenüber standen, daß sie meist ein größeres Interesse an den Kindern haben. Die Väter gaben in 137 Verfahren keine Stellungnahme ab oder stellten keinen Antrag, die Mütter nur in 23 Fällen⁵⁰¹⁾. Dabei läge die Zahl bei den Vätern noch höher, wenn man die als "unwesentlich streitig" registrierten Verfahren weiter aufschlüsseln würde. Das größere Interesse der Mütter wird auch dadurch dokumentiert, daß sie eher bereit sind, ihre Lebensführung, besonders im Hinblick auf ihre Berufstätigkeit, den Bedürfnissen der Kinder anzupassen⁵⁰²⁾.

Die vormundschaftsgerichtliche Praxis läßt damit den Schluß zu, daß die Übertragung der elterlichen Gewalt auf die Mutter als die Regel oder Richtlinie angesehen wird. Nur wenn die Eltern etwas anderes vereinbart haben, oder die Mutter allein schuldig geschieden

499) Vgl. die Ausführungen S. 59/60

500) Vgl. die Ausführungen unter 1.2 "Die Mutter als bessere Erzieherin", S. 32/33

501) Vgl. S. 133

502) Vgl. S. 68

wurde, wird die Regel durchbrochen, im zweiten Fall relativ häufig und im ersten fast immer. Darüber hinaus wird den Müttern die Zuteilung der Kinder nur dann noch verweigert, wenn sie kein Interesse an ihnen haben ⁵⁰³⁾, kaum erziehungsfähig sind ⁵⁰⁴⁾ oder (und) wenn sie einen geradezu unsittlichen Lebenswandel führen ⁵⁰⁵⁾.

2.2 Die Zuteilungspraxis im Licht von psychologischen und medizinischen Erkenntnissen

Pauschal gesehen steht die Zuteilungspraxis der Vormundschaftsgerichte im Einklang mit den Erkenntnissen der Psychologie und Medizin, wonach die Mutter als erste Bezugsperson des Kindes der wichtigere Elternteil zu sein pflegt ⁵⁰⁶⁾. So ist das Kind in seinen ersten Lebensjahren in Entwicklung und Entfaltung auf die mütterliche Wesensart und ihre Kräfte hingeordnet ⁵⁰⁷⁾; bis zur Beendigung der Pubertät bleibt sie in der Regel der bessere, zur Ausübung der elterlichen Gewalt geeignetere Elternteil ⁵⁰⁸⁾. Sie vermittelt dem Kind regelmäßig größere Gefühlswärme und Gefühlsverbindung, ein gleichmäßigeres Gefühl der Geborgenheit und Harmonie, die es zu seiner Persönlichkeitsentwicklung braucht ⁵⁰⁹⁾. Bei ihr besteht auch meist eher die Möglichkeit, dem Kind ein richtiges Heim und eine dauernde Betreuung zu bieten.

Insbesondere die Vertreter der Medizin stehen deshalb auf dem Standpunkt, daß die Zuteilung an die Mutter derjenigen an den Vater weit überlegen sei. Sie sei sowohl psychologisch wie sozial weit häufiger positiv zu bewerten und garantiere den Kindern stabilere Milieuverhältnisse als die Übertragung der elterlichen Gewalt auf den Vater: "Als Normalregelung kann gelten, daß die Mutter, die weder unsittlich noch unfähig ist, die Kinder erhält" (Gigon). An den

503) Vgl. die Zahlen in der Tabelle auf S. 133

504) Vgl. die Vormundschaftsfälle, insbesondere AG Gb X 76/67

505) Vgl. die Fälle unter "Sittliches Verhalten der Eltern", Fn. 311 u. 313

506) Vgl. dazu: Müller-Freienfels aaO, S. 396 ff (399) m.w.N.; Häffter aaO, S. 68 ff; Bergler, Kinder aus gestörten und unvollständigen Familien, S. 64/65; Leclercq-David, Die Familie, S. 289; Michel, in Bitter: Vorträge über das Vaterproblem, S. 56/57; Hetzer, Das Kind wächst heran, S. 16; Stern, Jugendpsychologie, S. 102; Schottlaender, Die Mutter als Schicksal, S. 48/49; Fröhner u.a., Familie und Ehe, S. 175/176; Prietzel aaO, S. 46 ff m.w.N.; Lempp, NJW 1973, 318

507) Michel aaO

508) Müller-Freienfels aaO

509) ders. m.w.N.

Vater seien dagegen größere Anforderungen zu stellen: "Er muß nicht nur gleich gut sein, sondern besser sein als die Mutter" (Gigon) ⁵¹⁰⁾.

Diese medizinischen Schlußfolgerungen gehen indessen nach entwicklungspsychologischen Erkenntnissen zu weit ⁵¹¹⁾. Je älter das Kind wird, um so mehr treten z. B. gegenüber der Pflege die beiden anderen erzieherischen Grundfunktionen der Führung und der Bildung in den Vordergrund, so daß sich im Zusammenhang damit die Rollen von Vater und Mutter in ihrer Wichtigkeit und Bedeutung nähern ⁵¹²⁾. Gerade in der Entwicklungsphase der Hoch- und Nachpubertät, in der die Beziehung des Kindes zur Außenwelt in den Vordergrund tritt, wird der Vater für das Kind wichtig ⁵¹³⁾. Denn in der Begegnung mit ihm entwickelt sich primär die Willens- und Verstandesseite, die Achtung vor der Autorität und objektiven Gültigkeiten, die Selbstbehauptung und Selbstbeherrschung, die bewußt rationale Weltansicht, also Eigenschaften und Erziehungsinhalte, die für den Sozialisationsprozeß des täglichen Lebens eine wichtige Rolle spielen ⁵¹⁴⁾. Daher kann es in manchen Fällen durchaus besser sein, das Kind dem Vater zuzuteilen, wenn dadurch eine bessere Einordnung in die Außenwelt, bessere Möglichkeiten der Berufsbildung oder auch eine bessere soziale Stellung gewährleistet werden kann ⁵¹⁵⁾.

Mit der vorbezeichneten Einschränkung ist der medizinischen Auffassung, die sich im übrigen mit den psychologischen Erkenntnissen deckt, zu folgen, weil die Zuteilung an den Vater überhaupt, besonders aber im Kindes-, Vorschul- und Grundschulalter bis zur Beendigung der Pubertät immer dadurch problematisch ist, daß er praktisch nur 2 Möglichkeiten hat: entweder die Unterbringung in einem fremden Milieu oder die Bildung einer Stiefmutterfamilie. Dadurch stellt sich das Kind bei der Übertragung der elterlichen Gewalt auf den Vater auch dann ungünstiger, wenn gegen diesen als Sorgerechtsinhaber ansonsten nichts einzuwenden ist. Im Zweifelsfall ist dann die Unterbringung bei der Mutter vorzuziehen, wenn

510) So Haffter aaO, S. 61; Gigon aaO, S. 90/91; etwas abgeschwächter Lempp, NJW 1972, 318

511) So zu Recht Müller-Freienfels aaO, S. 400

512) Remplein aaO, S. 601 ff

513) Michel aaO, S. 57

514) Remplein aaO, S. 602; vgl. auch das Urteil des LG Oldenburg RdJ 1972, 280/281

515) Vgl. Müller-Freienfels aaO, S. 399; Haffter aaO, S. 107

sie das Kind bei sich behalten kann, der Vater aber nicht. Wenn die Zuteilung an die Mutter nicht in Frage kommt, soll die Zuteilung an den Vater nur nach kritischer Prüfung seiner Eignung angeordnet werden ⁵¹⁶⁾.

Die in der vormundschaftsgerichtlichen Praxis festzustellende und interdisziplinär unterstützte Regel, "Das Kind gehört im Zweifel zur Mutter", birgt jedoch die Gefahr von Fehlentscheidungen in sich, wenn sie im Einzelfall unbedacht übernommen wird ⁵¹⁷⁾. In jedem Fall gilt es, sich zunächst von der Regel zu distanzieren. Maßgebend sind in erster Linie die konkreten Verhältnisse, wobei nicht genug differenziert und individualisiert werden kann. Erst dann, wenn keine Besonderheiten im einzelnen Fall ersichtlich sind, kann die Regel Beachtung finden ⁵¹⁸⁾.

3. Bewertung der das "Wohl des Kindes" in der Praxis bestimmenden Faktoren durch die Vormundschaftsgerichte - Frage nach gesetzlichen Wertungsrichtlinien

Die Untersuchung hat gezeigt, daß insgesamt gesehen die Bewertung der meisten Faktoren von den Vormundschaftsgerichten relativ einheitlich vorgenommen wird. Die Schwierigkeiten lagen eher bei der zu treffenden Ermittlung der für die Sorgerechtsentscheidung erheblichen Tatsachen.

3.1 Bewertung der Faktoren

Festzuhalten ist zunächst, daß alle Vormundschaftsgerichte der Eignung der Eltern zur Erziehung in ihrer Wichtigkeit Vorrang vor allen anderen Faktoren einräumten ⁵¹⁹⁾. Ebenso einheitlich sahen sie in der Regel die Mutter als bessere Erzieherin an. War ein Elternteil allein schuldig geschieden, sahen sich die Vormundschaftsgerichte veranlaßt, höhere Anforderungen an seine Erziehungseignung zu stellen. Allerdings war nicht immer klar erkennbar, wie

516) Vgl. Haffter aaO, S. 61; Kistler aaO, S. 150/151; Gigon aaO, S. 90/91; Müller-Freienfels aaO, S. 399/400

517) Vgl. Wuppermann, FamRZ 1972, 55

518) Egner aaO, S. 110

519) Vgl. S. 30 ff

hoch diese Anforderungen letztlich angesiedelt wurden 520).

In der Beurteilung der elterlichen Vereinbarung hatten die Vormundschaftsgerichte keine nennenswerten Wertungsschwierigkeiten. Sie trugen ihr weitgehend Rechnung und hielten eine abweichende Entscheidung nur in schwerwiegenden Fällen für "erforderlich". Damit maßen die Vormundschaftsgerichte in ihrem Verständnis des Kindeswohls der elterlichen Vereinbarung neben der elterlichen Erziehungseignung ein weiteres entscheidendes Gewicht bei 521).

Bei der Frage, ob der Wille eines kleinen Kindes berücksichtigt werden müsse, um seinem Wohl zu entsprechen, waren unterschiedliche Wertungen festzustellen. Lediglich wenn es sich um den Willen älterer Kinder handelte, traten keine Wertungsschwierigkeiten auf 522).

Der Einfluß der Berufstätigkeit der Eltern auf das " Wohl des Kindes" wurde weitgehend einheitlich beurteilt; dies gilt für die Fälle der Berufstätigkeit nur eines Elternteils und der beider Eltern. Vor allem in den zuletzt genannten Fällen wurde entscheidend darauf abgehoben, bei welchem Elternteil das Kind trotz dessen Berufstätigkeit noch die besten Entwicklungsmöglichkeiten vorfindet. Dabei gaben die Vormundschaftsgerichte fast durchweg der Erziehung durch die berufstätige Mutter den Vorzug. Einmal, weil die Frage der Berufstätigkeit vornehmlich dann eine Rolle spielte, wenn es um die elterliche Gewalt über Kleinkinder ging und zum anderen, weil die Mütter flexibler in ihrer Arbeitszeiteinteilung und in der Wahl ihres Arbeitsplatzes waren 523).

Der mit der Berufstätigkeit der Eltern zusammenhängenden Frage der Ersatzbetreuung der Kinder maßen alle Vormundschaftsgerichte eine mitentscheidende Bedeutung für die Übertragung der elterlichen Gewalt zu. Mangelnde Aufsicht und unregelmäßige Betreuung wurden als ihrem Wohl nicht dienlich angesehen 524).

Zu der Bewertung des Einflusses eines Stiefelternerverhältnisses läßt sich aufgrund des wenigen Entscheidungsmaterials nur vermuten, daß es hier Unsicherheiten bei den Vormundschaftsgerichten geben dürfte. Sie läßt sich wie folgt kennzeichnen: Einerseits wird eine

520) Vgl. S. 33 ff

521) Vgl. S. 60/61

522) Vgl. S. 61

523) Vgl. S. 71

524) Vgl. S. 72 ff

starke Vermutung dafür gesehen, daß Kinder aus verschiedenen, gescheiterten Ehen von ihren nunmehrigen Elternteilen, die dann Stiefelternteile sind, ungleich erzogen werden. Andererseits wird darauf abgehoben, es könne nicht allgemein gesagt werden, daß das geistige und leibliche Wohl des Kindes aus erster Ehe gefährdet sei, wenn Kinder aus zweiter Ehe vorhanden seien ⁵²⁵⁾.

Hatten die Vormundschaftsgerichte das sittliche Verhalten der Eltern zu beurteilen, sahen sie allein darin, daß ein ehebrecherisches Verhältnis eines Elternteils bestand, durchweg noch keine nennenswerte Gefährdung des Kindeswohls. Die Wertung fiel jedoch wegen § 1671 Abs. 3 Satz 2 anders aus, wenn der Elternteil wegen dieser Tatsache allein schuldig geschieden worden war. Einigkeit bestand aber auch darüber, daß in vielen Fällen eines sittlich ausschweifenden Lebenswandels eines Elternteils diesem wegen der Gefährdung des Kindeswohls die elterliche Gewalt nicht übertragen werden konnte ⁵²⁶⁾.

Eine auffallende Einmütigkeit der Vormundschaftsgerichte war auch bei der Bewertung der Frage festzustellen, ob eine Herausnahme des Kindes aus seiner gewohnten Umgebung seinem Wohl dienlich ist. Durchweg wurde dies verneint und nur in gerechtfertigten Ausnahmefällen angenommen, weil die Entwicklung des Kindes durch die Veränderung der Umwelt und Erziehungspersonen erheblich gestört werden kann ⁵²⁷⁾. Ebenso geschlossen hielten es die Vormundschaftsgerichte nur ausnahmsweise mit dem Wohl des Kindes für vereinbar, daß Geschwister getrennt werden ⁵²⁸⁾.

Ausbleibende Unterhaltszahlungen eines Elternteils nach der tatsächlichen Trennung der Eltern werteten die Vormundschaftsgerichte als Indiz für mangelndes Verantwortungsbewußtsein ⁵²⁹⁾. Die Tatsache, daß ein Elternteil, der das Kind nach der Trennung nicht bei sich hatte, seine Sorge um das Kind durch Besuche und Kontaktaufnahmen dokumentierte, wurde dagegen positiv von ihnen gewürdigt ⁵³⁰⁾.

Bei der Handhabung der "schwerwiegenden Gründe" gem. § 1671 Abs. 3 Satz 2 durch die Vormundschaftsgerichte waren ebenfalls keine bemerkenswerten Auslegungs- bzw. Anwendungsschwierigkeiten festzustellen ⁵³¹⁾.

⁵²⁵⁾ Vgl. S. 84

⁵²⁶⁾ Vgl. S. 85 ff

⁵²⁷⁾ Vgl. S. 94 ff

⁵²⁸⁾ Vgl. S. 98 ff

⁵²⁹⁾ Vgl. S. 102/103

⁵³⁰⁾ Vgl. S. 103

⁵³¹⁾ Vgl. S. 107 ff

3.2 Frage nach gesetzlichen Wertungsrichtlinien

Die mit der Arbeit gestellte Frage nach Wertungswidersprüchen oder Wertungsschwierigkeiten bei der Beurteilung der einzelnen Faktoren durch die Vormundschaftsgerichte läßt sich aufgrund des vorstehend zusammengefaßten Untersuchungsergebnisses dahin beantworten, daß solche in bemerkenswerter oder gar krasser Form nicht auftraten. Lediglich bei der Frage nach der Berücksichtigung des Kindeswillens konnte die Untersuchung erhebliche Unsicherheiten feststellen. Für die Beurteilung des Verhältnisses zwischen Kind und Stiefelternteil ließen sich Wertungsschwierigkeiten nur vermuten.

Wenn überhaupt, stellt sich damit die Forderung nach einer gesetzlichen Wertungsrichtlinie lediglich für die Frage, ob und ab welchem Alter der Wille des Kindes bei der Sorgerechtsentscheidung berücksichtigt werden sollte. Eine solche Wertungsrichtlinie ist bereits in dem Entwurf zur Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge aufgenommen worden ⁵³²⁾.

Läßt somit die Arbeit den Schluß zu, daß Wertungsrichtlinien ansonsten nicht erforderlich sind ⁵³³⁾, so hat die Untersuchung aber auch gezeigt, daß mit der Forderung nach der Präzisierung des Begriffs "Wohl des Kindes" für die Bedürfnisse der Praxis die falsche Priorität gesetzt wird. Wichtiger als es im Zuge der Kritik an dem Begriff zumeist gesehen wird, ist zunächst, die Ermittlung des für die Beurteilung des Kindeswohls notwendigen Tatsachenmaterials intensiver und gründlicher zu gestalten. Die festgestellte, teilweise nachlässige und nicht immer vorurteilslose Ermittlungstätigkeit der Vormundschaftsgerichte und der Jugendämter zeigt dies besonders deutlich an ⁵³⁴⁾. Aber auch die Schwierigkeiten der Vormundschaftsgerichte bei der Feststellung der elterlichen Erziehungseignung, der Ausdeutung des Kindeswillens und des Verhältnisses Kind-Stiefelternteil geben Anlaß zu dieser Feststellung ⁵³⁵⁾.

532) Vgl. hierzu die Ausführungen unter "Reform", S. 147/148

533) Die von Schau, RdJ 1973, 257 ff (266) in seinem Reformvorschlag zu § 1671 eingearbeiteten Wertungsrichtlinien sind überflüssig, da sie von den Vormundschaftsgerichten ohnehin beachtet werden. Vgl. auch Gernhuber, FamRZ 1973, 231, der ebenfalls feststellt, daß die richterliche Praxis mit dem "Wohl des Kindes" mehr oder weniger überzeugend zu arbeiten versteht

534) Vgl. S. 121 ff; bestätigend Kemper aaO, S. 481

535) Vgl. S. 38 ff; S. 61 ff; S. 82 ff

Je gründlicher und sachkundiger die Ermittlungstätigkeit vorgenommen wird, um so eher verringern sich auch die Schwierigkeiten, Tatsachen festzustellen, die nur aufgrund einer Wertung ermittelt werden können ⁵³⁶⁾. Dies ist jedoch nur möglich, wenn die Richter durch eine spezifische Ausbildung besser als bisher auf ihre Aufgabe eingestellt werden. Damit wäre sicherlich dann auch die Gewähr gegeben, daß in größerem Umfang, als die Untersuchung dies festgestellt hat, psychologische Gutachten als Erkenntnisquellen herangezogen werden bzw. eine intensivere Auseinandersetzung mit den Erkenntnissen anderer Wissenschaftszweige stattfindet. Das Personal der Jugendämter muß ebenfalls ständig fortgebildet werden, um die von ihm erwartete qualifizierte Ermittlungs- und Berichtstätigkeit leisten zu können ⁵³⁷⁾. Soweit ein Mangel an Personal bei Richtern und Sozialarbeitern besteht, müßte dieser abgebaut werden.

Erst wenn im Hinblick auf die bestmögliche Ermittlungstätigkeit alle Möglichkeiten ausgeschöpft sind, kann die Frage nach einer möglichen Konkretisierung oder rechtstheoretischen Präzisierung des "Kindeswohl"-Begriffs Vorrang gewinnen.

III. Teil =====

Reform

1. Erstes Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts (1. EheRG)

1.1 Das Vorrecht des schuldlos geschiedenen Elternteils entfällt

Im Zuge des 1. EheRG, das bei der Ehescheidung nicht mehr vom Verschuldens-, sondern vom Zerrüttungsprinzip ausgeht, wird die Bestimmung des § 1671 Abs. 3 Satz 2 zum 1.7.1977 gestrichen und damit das im BGB seit seiner Einführung bestehende Junktim zwi-

536) Vgl. hierzu die theoretischen Ausführungen auf S. 13 u. 16 ff
537) Kemper aaO, S. 481

schen Scheidungsschuld und Sorgerechtsregelung aufgehoben⁵³⁸⁾.

Wie bereits aufgezeigt, hatte die Allein-Scheidungsschuld im Sorgerechtsverfahren eine erhebliche Bedeutung⁵³⁹⁾. Wenn der Einfluß durch das 1. EheRG beseitigt ist, werden sich die Chancen der Väter, das Personensorgerecht übertragen zu bekommen, vermindern⁵⁴⁰⁾. Für die Vormundschaftsgerichte wird die Reform eine Erschwernis bringen, da sie nun allein nach dem "Wohl des Kindes" zu entscheiden haben, ohne sich auf die Entscheidungserleichterung des Vorrechts des schuldlos geschiedenen Elternteils stützen zu können. Dabei bleibt zu hoffen, daß das Sorgerechtsverfahren in vielen Fällen nicht doch zu einem (verkappten) Verfahren über die Scheidungsschuld alter Prägung werden wird, wenn sich die Eltern unter Berufung auf das schlechte Eheverhalten jeweils des anderen Partners gegenseitig Unfähigkeit zur Kindererziehung vorwerfen werden⁵⁴¹⁾.

1.2 Die Einrichtung des Familiengerichts

Diese neue Gerichtsform wird hier insoweit kurz angesprochen, als sie für die Ermittlungstätigkeit im Sorgerechtsverfahren von Bedeutung ist⁵⁴²⁾.

Organisatorisch soll die Scheidung einschließlich aller Folgeregelungen, wozu auch das elterliche Sorgerecht gehört, durch einen als Familiengericht bezeichneten Spruchkörper erfolgen, der als besondere Abteilung des Amtsgerichts eingerichtet und mit einem besonderen Richter, dem Familienrichter, besetzt wird (§ 23b Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 GVG n.F.)⁵⁴³⁾. Leider ist damit nicht der Typ des Familiengerichts gemeint, wie er z.B. nach dem als Modellgesetz

538) Vgl. zu den gesetzlichen Vorarbeiten und zum Gang der Beratung: Vogel, FamRZ 1976, 481 ff; vgl. zum Gesetz selbst: Bosch, FamRZ 1976, 401 ff; Sigrid Kniebes, DRiZ 1976, 325 ff; Hillermeier, FamRZ 1976, 507 ff; Vogel aaO

539) Vgl. die Ausführungen S. 105 ff

540) Vgl. die hypothetische Entscheidungsbetrachtung, S. 114 ff

541) Vgl. die Ausführungen von J. Blomeyer, FamRZ 1972, 438; vgl. neuerdings auch Coester, FamRZ 1977, 217 ff

542) Zur Einrichtung des Familiengerichts vgl.: Antje Sedemund-Treiber, DRiZ 1976, 331 ff; Vogel aaO, S. 487 f; Hagena, FamRZ 1975, 379 ff; Pinger, FamRZ 1974, 238 ff

543) Diese Entscheidungskonzentration ist neu, da bislang die Scheidung vor dem Landgericht und das Sorgerechtsverfahren vor dem Amtsgericht durchgeführt wurde

ausgestalteten Standard Family Court Act zur Einführung in allen Bundesländern der USA empfohlen wird. Dieses Gericht ist nicht nur zuständig für Familienstreitigkeiten in weitestem Umfang, einschließlich Vormundschaftssachen, sondern ihm steht auch noch ein Arbeitsstab von Helfern wie Psychiatern, Psychologen, Erziehern, Fürsorgern usw. zur Verfügung ⁵⁴⁴⁾. Gerade auch für die Kinder, die sich durch die Scheidung ihrer Eltern in einer latenten Gefährdung ihrer Entwicklung befinden, könnte ein solches Familiengericht einen großen Fortschritt bedeuten.

Damit wird sich aber durch die Einrichtung des Familiengerichts deutscher Prägung an der Art, wie der Richter seine Entscheidung finden muß, nichts ändern ⁵⁴⁵⁾. Bislang läßt die Reform auch keinen Ansatz dafür erkennen, daß die Funktion des Familienrichters von einer spezifischen Ausbildung abhängig gemacht werden soll, die u.a. zur Vermittlung einschlägiger psychologisch-pädagogischer Kenntnisse verhilft.

Führt demnach die Einrichtung des Familiengerichts zu keiner grundlegenden Änderung der bisherigen Arbeitsweise der Gerichte und der Ausbildung der Richter, sollte dennoch eine Verbesserung im Verfahren nicht übersehen werden. Durch die Entscheidungskonzentration beim Familiengericht hat der Familienrichter besser als bisher der Vormundschaftsrichter die Möglichkeit, sich ein Bild von den Eltern zu machen ⁵⁴⁶⁾.

2. Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge

Aus dem Entwurf werden nur die beiden wesentlichen Änderungen skizziert, die das materielle Recht des Sorgerechtsverfahrens durch ihn erfahren soll ⁵⁴⁷⁾.

544) Zu der berechtigten Kritik, daß Vormundschafts- und Scheidungsrichter noch getrennt bleiben, siehe Briegleb aaO, S. 38 ff; Luther, RdJ 1972, 166; Roestel, RdJ 1970, 266; vgl. aber auch Vogel aaO, S. 488 und Antje Sedemund-Treiber aaO, S. 332, Anm. 3, die auf die Milderungsmöglichkeiten des § 23c n.F. GVG hinweisen.

545) Vgl. Luther (Fn. 544)

546) Vgl. aber auch die Bedenken bei Gigon aaO, S. 56

547) BT-Drucks. 7/2060; vgl. zur Entwicklung der verschiedenen Entwürfe: Lüderitz, FamRZ 1975, 605/606; der 7. Deutsche Bundestag hat den Entwurf nicht mehr behandelt. Der 8. Deutsche Bundestag hat ihn am 17.3.1977 in 1. Lesung beraten (BT-Drucks. 8/111)

2.1 Erweiterte Befugnis des Vormundschaftsgerichts zur Überprüfung des elterlichen Vorschlags

Während gegenwärtig und nach den früheren Entwürfen von einem Vorschlag der Eltern nur abgewichen werden kann, wenn dies zum Wohl des Kindes "erforderlich" ist ⁵⁴⁸⁾, soll nach dem Entwurf eine abweichende Entscheidung schon (aber auch nur) erlaubt sein, wenn sie dem Wohl des Kindes "dient". Durch diese Formulierung soll die Praxis gehindert werden, ihren bisherigen strengen Maßstab für eine Abweichung vom Elternvorschlag auch der Anwendung des neuen Gesetzes zugrunde zu legen ⁵⁴⁹⁾.

Wird somit vom Entwurf die Anwendung einer Regel, die dem elterlichen Vorschlag besondere Bedeutung zumißt, abgelehnt ⁵⁵⁰⁾, wird andererseits durch die erhöhte Kontrolle des Richters eine unangemessene Ausweitung des staatlichen Wächteramtes befürchtet und deshalb eine strengere Bindung an den Elternvorschlag gefordert ⁵⁵¹⁾.

Welche Lösung letztlich - auch im Hinblick auf Art. 6 GG - zutreffend ist, soll hier nicht erörtert werden. Die vorliegende Untersuchung kann zum Fragenkreis um das elterliche Vorschlagsrecht zumindest folgendes Ergebnis beisteuern: Es hat sich gezeigt, daß in der Praxis die elterlichen Vorschläge als eine Art "Ruhekissen", auf dem sich eingehendere Feststellungen und weitere Arbeit ersparen lassen, angesehen werden. Von insgesamt 555 Vereinbarungen wurden 535 ohne größere Komplikationen bestätigt. Bei den restlichen 20 Vereinbarungen, von denen 17 streitig wurden, wichen die Vormundschaftsgerichte nur in insgesamt 4 Fällen von den elterlichen Vorschlägen ab ⁵⁵²⁾. Bereits die Analyse der streitigen Verfahren

548) Vgl. hierzu S. 54

549) BR-Drucks. aaO, S. 6, 31 ff

550) Vgl. die nunmehr gleichlautende Meinung des Bundesrats, BT-Drucks. 7/2060, S. 55 (Stellungnahme zum Regierungsentwurf 1974); vgl. auch Briegleb aaO, S. 35 f; Luther, RdJ 1972, 164; Lempp, ZblJugR 1974, 130/131; Schau, RdJ 1973, 66; Stellungnahme der Bundesarbeitsgemeinschaft der Freien Wohlfahrtspflege e.V., Jugendwohl 1973, Heft 5, S. 126; Stellungnahme der Arbeitsgemeinschaft für Jugendhilfe, AGJ-Mitteilungen Nr. 67 (August 1973), S. 52/53; zur Frage der Vereinbarkeit mit Art. 6 GG vgl.: Becker, RdJ 1970, 364 ff; Hahnzog, FamRZ 1971, 334 ff; Schwoerer (Fn. 551)

551) Strätz, FamRZ 1975, 542 ff (550); Stellungnahme des Deutschen Caritasverband, Sonderdruck "Jugendwohl" 4/1970, S. 161 f; Ehrechtenkommission beim Bundesjustizminister, Vorschläge zur Reform des Ehescheidungsrechts, 1970, S. 79/80; vgl. auch Schwoerer, NJW 1964, 6; ders., FamRZ 1969, 368;

552) Vgl. Fn. 197; vgl. auch Lempp, ZblJugR 1974, 130/131, der zu einem ähnlichen Ergebnis zu kommen scheint

läßt zumindest Anzeichen dafür deutlich werden, daß der tatsächliche Hintergrund auch der "komplikationslosen" Vereinbarungen nicht gerade so problemlos sein dürfte, wie dies infolge der reibungslosen Bestätigung durch die Vormundschaftsgerichte erscheinen mag.

Der Wegfall der Bindung der Vormundschaftsgerichte an die elterliche Vereinbarung würde die Vormundschaftsgerichte in jedem Vorschlagsfall zumindest zu einer eingehenderen Überlegung zwingen, ob der Vorschlag der Eltern dem Wohl des Kindes "dient". Die größere Kontrollbefugnis des Richters findet zumindest ein Gegengewicht dadurch, daß er gezwungen ist, seine Entscheidung zu begründen, wenn er von dem elterlichen Vorschlag abweicht. Dies wird er auch sorgfältig tun müssen, da er ansonsten Gefahr läuft, daß seine Entscheidung von den Eltern nicht hingenommen wird.

2.2 Stärkere Berücksichtigung des Kindeswillens

Nach geltendem Recht wird der Wille des Kindes nur in Ausnahmefällen entscheidungsrelevant, wenn es sich um ein älteres Kind handelt und sein Wunsch nicht nur auf dem Einfluß des Elternteils beruht, in dessen Obhut es sich befindet. Als bedeutsame Änderung sieht der Entwurf demgegenüber vor, daß bei der Entscheidung, welchem Elternteil nach der Scheidung die elterliche Sorge über das Kind übertragen werden soll, der Wille des Kindes stärker als bisher berücksichtigt wird. Zur Begründung wird angeführt, daß eine Sorgerechtsregelung dem Wohl des Kindes nicht entspreche, wenn die kindlichen Neigungen und Abneigungen nicht berücksichtigt würden. Auch sei es für die psychische Entwicklung des Kindes von besonderer Wichtigkeit, daß es zu dem Sorgeberechtigten eine positive Beziehung habe oder entwickeln könne⁵⁵³⁾.

Eine verbindliche Regel stellt der Entwurf aber nur für die Berücksichtigung des Willens über 14jähriger Kinder auf, in dem er in § 1671 Abs. 3 normiert, daß das Vormundschaftsgericht von deren Willen nur abweichen soll, wenn es ihrem Wohle dient⁵⁵⁴⁾.

⁵⁵³⁾ So die Begründung zum Gesetzentwurf, BT-Drucks. aaO, S. 32/33

⁵⁵⁴⁾ Ergänzend § 1671 Abs. 3 Satz 2 n.F.: "Stimmen Elternvorschlag und Kindeswillen nicht überein, entscheidet das Vormundschaftsgericht nach Ab. 1", d. h., es trifft die Regelung, die dem Wohl des Kindes am besten entspricht; vgl. im übrigen auch § 50 Abs. 2 n.F. FGG, der § 1695 ersetzen wird. Danach soll das Familiengericht das Kind in allen geeigneten Fällen hören. Ein Kind, das aufgrund seines Lebensalters zu einer selbständigen Beurteilung eigener Angelegenheiten fähig sein kann, muß vor einer seine Person betreffenden Entscheidung persönlich gehört werden

Hierzu heißt es in der Begründung, es könne in diesem Alter in der Regel davon ausgegangen werden, daß die Entscheidung des Kindes für einen Elternteil der unbeeinflussten eigenen Überzeugung entspreche und deshalb eine Grundlage der vormundschaftsgerichtlichen Entscheidung bilden könne ⁵⁵⁵⁾.

Die Berücksichtigung des Willens eines jüngeren Kindes soll durch diese Regelung jedoch nicht ausgeschlossen werden. Sie bleibt aber wie bisher in das Ermessen des Richters gestellt, weil er zu beurteilen hat, ob ein Kind, das jünger als 14 Jahre ist, "nach seinem Entwicklungsstand zu einer selbständigen Beurteilung fähig ist" (§ 1671 Abs. 3 Satz 2, 2. Alt.).

Wird die Reform dem Ansatz nach begrüßt, weil sie stärker als bisher dem Willen der Kinder Beachtung zuwendet ⁵⁵⁶⁾, so hat gleichwohl die Wahl der Mittel, mit denen sie dies erreichen will, teilweise herbe Kritik erfahren ⁵⁵⁷⁾.

Zutreffend hat Zenz auf die Mischung der Motive des Entwurfs (Berücksichtigung teils von Neigungen, teils von unbeeinflusster Überzeugung) hingewiesen und daraus gefolgert, daß sie eine Diskrepanz zwischen den allgemeinen Zielvorstellungen des Entwurfs und der zu ihrer Realisierung eingesetzten juristischen Technik deutlich werden lasse: Da sich die Berücksichtigung der affektiven Tendenzen der Kinder kaum in klar definierbare gesetzliche Tatbestandsmerkmale umsetzen lasse und ihrer Feststellung in vormundschaftsgerichtlichen Verfahren "unüberwindbare Schwierigkeiten" entgegenständen, habe man sich auf den gesetzlich faßbar und gerichtlich feststellbaren Begriff des erklärten Willens zurückgezogen und so Affekte nur insoweit für relevant erklärt, als sie in rational verstehbaren Erklärungen geäußert und gegebenenfalls vernünftig

555) Begründung zum Gesetzentwurf, BT-Drucks., aaO, S. 33

556) Beitzke, ZblJugR 1973, 123/124; Lüderitz aaO, S. 608/609; Gisela Zenz, StAZ 1973, 267; Strätz aaO, S. 547/548

557) Vgl. insbesondere die fundierte Kritik von Gisela Zenz, StAZ 1973, 267-269; Lüderitz aaO, S. 608, Fn. 61 und mit Hinweis auf Gisela Zenz, Fn. 65 u. 70; Lempp, ZblJugR 1974, 131; Stellungnahme der Arbeitsgemeinschaft für Jugendhilfe, AGJ-Mitteilungen 1973, Heft 67, S. 52; Stellungnahme der Bundesarbeitsgemeinschaft der Freien Wohlfahrtspflege e.V., Jugendwohl 1973, S. 176

erklärt werden können⁵⁵⁸⁾.

Ebenso wie Zenz ist Lempp⁵⁵⁹⁾ der Auffassung, daß viele Kinder überfordert seien, sich angesichts der Scheidungssituation der Eltern zu entscheiden. Noch mehr Kinder seien nicht in der Lage, ihre Empfindungen und Wünsche adäquat zu verbalisieren⁵⁶⁰⁾. Andererseits seien die affektiven Bindungen eines Kindes zu seinen Eltern nicht nur für Jugendliche (über 14 Jahre) sondern auch und gerade für kleine Kinder entscheidend.

In Übereinstimmung mit der Zielvorstellung des Entwurfs fordern deshalb beide, daß das Kind ohne (gesetzlichen) Zwang zu unzumutbaren Entscheidungen und deren Rationalisierung Gelegenheit erhalten müsse, seine Gefühle möglichst frei zur Darstellung zu bringen. Um das Kind hierbei so weit wie möglich zu schonen, müßte anstatt der gerichtlichen Anhörung, die immer eine Gefährdung des Kindeswohls mit sich bringen könne, auch auf andere erprobte und bewährte Möglichkeiten der Kommunikation mit den Kindern zurückgegriffen werden. Der Stellenwert, der dann die Äußerung eines bestimmten Wunsches oder Willens habe, müsse sorgfältig im Kontext seiner übrigen Äußerungen und der Gesamtsituation des Kindes beurteilt werden. Der ermittelte Wunsch und Wille des Kindes oder zumindest die Tendenz seiner Affekte seien dann ein wichtiges Indiz für die Entscheidung, das mit zunehmendem Alter des Kindes an Bedeutung gewinne.

2.3 Abschließende Betrachtung

Die Reform des elterlichen Sorgerechts hat bereits dadurch ihren Verdienst, daß nunmehr auch durch das Gesetz klar zum Ausdruck

558) Gisela Zenz, StAZ 1973, S. 268/269, unter Hinweis auf die Begründung des Referentenentwurfs des Bundesjustizministeriums v. Oktober 1972; in die gleiche Richtung Lüderitz aaO, S. 608/609: "Von der rechtlich begrenzt beachtlichen Willensäußerung des Jugendlichen ist zu unterscheiden die im Test ermittelte "Bevorzugung" oder subjektiv nähere Verbundenheit des Kindes zu einem Elternteil. Sie kann Element zur Feststellung des objektiven Kindeswohls sein, nicht aber Tatbestandsmerkmal einer allgemeinen Regel, da sie den Einsatz eines Sachverständigen fordert".

559) Lempp, ZblJugR 1974, 132; vgl. im übrigen hierzu auch die Ausführungen S. 65

560) Sehr pointiert Lüderitz aaO, der meint, der Gesetzgeber drohe sich lächerlich zu machen und mit dem so bekundeten Emanzipationseifer die Reform zu diskreditieren, wenn er einen 12- oder 13Jährigen zu einer "selbständigen Beurteilung" darüber für fähig halte, bei wem er am besten aufgehoben ist.

gebracht wird, daß das Kind nicht mehr als "Objekt" elterlicher Gewalt betrachtet wird, sondern als Person mit eigenen Rechten, die nur insoweit eingeschränkt werden dürfe, als es die Sorge um sein Wohl verlangt ⁵⁶¹). Dies zeigt sich an dem Wegfall des Einflusses der elterlichen Scheidungsschuld auf die Sorgerechtsentscheidung und dem abgeschwächten Vereinbarungsrecht der Eltern. Bemerkenswert ist insbesondere der Versuch - wie z.B. durch die Berücksichtigung des Kindeswillens -, die Kindesrechte gesetzlich zu präzisieren und damit der Tendenz entgegenzuwirken, Kindeswohl und Elternwillen allzu leicht miteinander zu identifizieren.

Ist somit die allgemeine Zielsetzung der Reform zu begrüßen, fehlt es dennoch an elementaren Voraussetzungen für die Umsetzung dieser Ziele in normatives Instrumentarium und juristische Praxis. Soziologische und psychologische Erkenntnisse wurden bislang in die Diskussion um die Situation des Kindes wenn überhaupt, dann nur unzureichend aufgenommen und Alternativen zur gegenwärtigen Rechtspraxis weder theoretisch noch praktisch überprüft ⁵⁶²).

Je weiter und unspezifischer die generellen Kriterien für die Gewährleistung des Kindeswohls durch gerichtliche Maßnahmen gefaßt sind, desto entscheidender kommt es darauf an, den Entscheidungsinstanzen adäquate Befugnisse und Erkenntnismittel und den Betroffenen die notwendige Information und Beratung, sowie Initiativ- und Kontrollrechte zur Verfügung zu stellen ⁵⁶³). Probleme etwa der angemessenen Repräsentation des Kindesinteresses im Verfahren, die Versorgung des Gerichts mit quantitativ und qualitativ zulänglicher Information bei gleichzeitig größtmöglicher Verfahrensbeschleunigung können ebensowenig ausgeklammert werden wie die Frage nach der spezifischen Ausbildung von Familien- bzw. Vormundschaftsrichtern, nach der Kooperation von Gerichten und Behörden (Jugendämter, Erziehungsberatungsstellen und Schulen) sowie die grundsätzliche Frage nach dem Verhältnis von vorgreifenden und nachträglichen Maßnahmen

561) Vgl. hierzu die geschichtliche Entwicklung, S. 1 ff

562) Gisela Zenz, StAZ 1973, 265; vgl. z.B. den Vorschlag von Lüderitz-Lenzen, FamRZ 1971, 625 ff zur gemeinsamen Ausübung der elterlichen Gewalt nach der Scheidung; vgl. den Vorschlag von Briegleb aaO, die Sorgerechtsentscheidung nach der Ehescheidung offen zu lassen und das Vormundschaftsgericht nur auf Antrag eines Elternteils tätig werden zu lassen (unterstützend Lempp, ZblJugR 1974, 132); vgl. auch Bosch, FamRZ 1973 489 ff, der vor einer Übereilung bei der Reform warnt

563) Vgl. die zusammenfassende Auswertung S. 142

von Beratung und Kontrolle ⁵⁶⁴⁾.

Dabei wird man kaum umhin können, auch Veränderungen in der Struktur und Arbeitsweise der Gerichte und in der Ausbildung von Richtern selbst ins Auge zu fassen ⁵⁶⁵⁾. Die tägliche Arbeit der Vormundschafts- bzw. Familiengerichte kann und darf nicht auf Gutachter oder gutachtlich tätige Behördenmitarbeiter abgewälzt werden. Daher braucht der Richter in jedem Fall ein Mindestmaß an spezifischen Kenntnissen, Erfahrungen und institutionellen Hilfsmitteln, um seine formale Entscheidungskompetenz auch inhaltlich legitimieren zu können ⁵⁶⁶⁾.

Den skizzierten Erfordernissen wird die Reform bisher nicht gerecht. Möglicherweise ist sie hiermit im ersten Anlauf auch überfordert. Dann aber sollten die angeschnittenen Fragen in der Diskussion bleiben, damit die Reform nicht auf halbem Weg stecken bleibt.

564) Gisela Zenz, AcP 1973, 536; vgl. auch die ausführliche Kritik zum Sorgerechtsentwurf von Quambusch, ZblJugR 1974, 138 ff; ders., RdJ 1973, 205 ff

565) Vgl. Quambusch, Die Persönlichkeit des Kindes als Grenze der elterlichen Gewalt, S. 99/100; ders. ZblJugR 1974, 153 f; vgl. auch die Ausführungen, S. 129, 145, 149

566) Gisela Zenz, STAZ 1973, 269/270

Lebenslauf des Verfassers

Ich wurde am 4.4.1945 in Dessau geboren. Im gleichen Jahr verließen meine Eltern die SBZ und gingen nach Borgentreich/ Westfalen. Dort besuchte ich die Volksschule, die ich in Offenbach a.M. abschloß, nachdem meine Eltern dorthin umgezogen waren. Die sich anschließende Gymnasialzeit beendete ich durch eine weitere Versetzung meines Vaters 1964 in Lahr.

Mein juristisches Studium von neun Semestern absolvierte ich in Berlin, München und Freiburg. Am 30.11.1968 bestand ich das Erste juristische Staatsexamen. Meine Referendarzeit im Landgerichtsbezirk Offenburg endete am 3.7.1972 mit dem Bestehen des Zweiten juristischen Staatsexamens.

Nach einer Zeit freier Mitarbeit bei Rechtsanwälten war ich im Jahr 1974 bei zwei Wirtschaftsprüfungs- und Steuerberatungsgesellschaften in Mannheim bzw. Offenburg tätig. Zum 7.4.1975 trat ich in die Finanzverwaltung ein. Am Ende der steuerrechtlichen Ausbildung von 18 Monaten, wurde ich im Oktober 1976 am Finanzamt Offenburg als Sachgebietsleiter für Mittelbetriebsprüfung und Vollstreckung eingesetzt. Einen Monat später erfolgte meine Ernennung zum Regierungsrat. Seit dem 13.7.1977 leite ich die Betriebsprüfungshauptstelle beim Finanzamt Villingen-Schwenningen.

Ich bin verheiratet und habe zwei Kinder.

